

432



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"CAMPUS ARAGON"**

**"EL ESTABLECIMIENTO DE LA
FILIACION EN LA CONCEPCION
ARTIFICIAL"**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

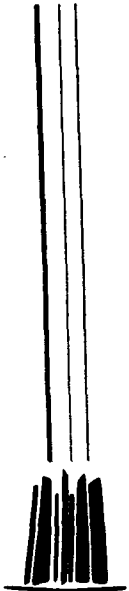
GLORIA RODRIGUEZ PELCASTRE

Asesor: Lic. Juan Manuel Hernández Roldan

México

1997.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Agradecimientos...

*A Dios,
por permitirme estar aquí ahora...*

*A el Lic. Juan Manuel Hernández Roldán,
asesor del presente trabajo, magnífico civilista
y gran amigo que me brindó toda su atención...*

*A la Lic. Graciela León López,
mi maestra,
por su confianza, por su enseñanza, por su amistad y por su
apoyo...*

*A todos y cada uno de mis maestros
que se condensan aquí, en este trabajo...*

*A la U.N.A.M.
la Máxima Casa de Estudio
y con el orgullo de ser egresada de la E.N.E.P. Aragón...*

Gracias !

*Agradezco también,
por su valiosa ayuda en la elaboración
del presente trabajo a:*

*Lic. Laura M. Cedillo García
Biól. Alberto L. Delint Rojas
Lic. Juan Manuel de la Vega
Psc. Miguel Díaz Rubio
Lic. Luz Ma. Orta Pérez
Lic. Julio Ponce Quitzamal*

*y a los miembros de mi Jurado
con todo respeto*

*Lic. Ma. de Los Angeles Serra Rutz
Lic. Marcial E. Terrón Pineda
Lic. Laura Vazquez Estrada
Lic. Armando Gil Gaona*

Dedicatorias...

*A mis Hijos
Sandra, Oscar y Ana...
parte de mi ser,
por quienes me esfuerzo a seguir adelante.
"...saben?.. luchar por un sueño vale la pena, luchen por
el suyo... cualquiera que éste sea."*

*A Jorge,
te doy mi corazón, mi confianza y mi lealtad.
Te amaré por siempre.*

*A mis padres
A la memoria de mi madre y con respeto a mi padre*

*A Doña Angelina Poblano Vda. de Delint,
con respeto y admiración,
persona de bondad y rectitud incomparables.*

*Al Sr. Fidencio Rosas Rojas
con admiración
por su forma de ser*

*A Maryfer
con amor*

A toda mi gran familia,

Hilda y Fernando, Hortensia y Juan, Angélica y Toño, Obdulia y Gerardo, Elia y Ricardo; y mis sobrinos: Mimi, Anita, Fernando, Juan, Ofelia, Rubí, Toño, Luis, Aimee, Gerardo y Ricky, ... porque sé que siempre están conmigo.

Fide y Tili, Víctor y Juanita, Pepe y Judith, Guicho y Laura, Héctor y Carmen, Beto y Adriana, Laura y Arturo, Javier y Rocio; y a mis sobrinos: Víctor, Gabriel, Manané, Alfonso, Emir, Ivone, Pamela, Maryfer, Mauricio, Daniela, Arturo, Paulina y Javi,... porque incondicionalmente siempre me apoyan.

A mis amigos,

Luz, Adriana, Alfredo, Juan Carlos, Leonardo, Luis, Saúl, Jorge, Bernardo y Víctor... por aquellos momentos que compartimos y seguiremos compartiendo

Indice...

EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN LA CONCEPCIÓN ARTIFICIAL

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pag. I
-------------------	-----------

CAPITULO I

REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA FAMILIA

A. DESARROLLO FAMILIAR: ANTIGUAS TEORÍAS	
(Morgan, Lewis y Engels F.)	1
1. La Familia Consanguínea	5
2. La Familia Punalúa	6
3. La Familia Sindiásmica y Patriarcal	8
4. La Familia Monógama	15
a) Germana	
b) Griega	
c) Romana	
B. FAMILIA: TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS	
1. Lévi-Strauss	23
2. Germaine Tillion	26
3. Talcot Parsons	30

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

A. FILIACIÓN	
1. Concepto	33
2. Naturaleza Jurídica	34
3. Clasificación	35
4. Maternidad, Paternidad y su Impugnación	37
B. CONCEPCIÓN ARTIFICIAL	
1. Fecundación Natural y Fecundación Artificial	51
2. Técnicas de la Fecundación Artificial	59
a) Inseminación Artificial	59
1. Concepto	59
2. Clasificación	59
3. Problemática en el Establecimiento de la Filiación	60
b) Fecundación In Vitro	63
1. Concepto	63
2. Clasificación	63
3. Problemática en el Establecimiento de la Filiación	64
c) Maternidad Subrogada	65
1. Concepto	65
2. Problemática en el Establecimiento de la Filiación	66

CAPITULO III
ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIOLOGICOS
DE LA CONCEPCIÓN ARTIFICIAL

A. ÉTICO Y MORAL	68
B. PSICOLÓGICO.....	75
C. SOCIAL	81
D. JURÍDICO	
1. Filiación: Reflexiones Jurídicas	93
a) Inseminación Artificial	98
b) Fecundación In Vitro	102
c) Maternidad Subrogada	102
E. CIENCIAS RELACIONADAS	
1. Bioética y Biojurídica	103

CAPITULO IV
LA CONCEPCIÓN ARTIFICIAL COMO ACTO JURÍDICO

A. LAS PARTES	106
B. NATURALEZA JURÍDICA	107
C. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ	108
D. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN	110
1. Necesidad de Adicionar un Capítulo al Libro Primero, Título Séptimo del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia de Concepción Artificial	110
2. Necesidad de Complementar la Legislación Sanitaria, en Materia de Concepción Artificial	113
E. FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PROCREACIÓN	119
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	125

INTRODUCCIÓN

Desde que el hombre existe sobre la Tierra, se han escrito diferentes teorías sobre su origen, comportamiento, costumbres, migración, etc., sin embargo, un hecho resultaba irrefutable: la reproducción humana, por lo menos hasta hace poco, era producto de la unión carnal de un hombre y una mujer.

El milenio que da fin, ha presenciado cambios notables en cuanto a procreación se refiere y se ha dado origen así, a la concepción artificial. Se han introducido procedimientos que sustituyen al hecho natural de la procreación propiamente dicha, aún cuando la fecundación es la misma, es decir, la unión del óvulo con el espermatozoide: lo que se ha convertido en optativo es la cópula carnal, y en el proceso reproductivo de manera artificial pueden incurrir más de dos sujetos.

Estas técnicas fueron utilizadas en un principio con éxito en la reproducción genética animal, actualmente, son aplicadas con frecuencia en la reproducción humana y dadas sus implicaciones éticas y jurídicas reclaman una regulación legal a aquello que es ya una realidad social: ésta debe marcar límites y establecer en su caso sanciones para que lejos de desestabilizar la unión familiar la fortalezca.

La finalidad del presente trabajo, es proponer que se legisle sobre una adecuada reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal en materia de filiación, ya que se considera a la familia como base de la sociedad y cualquier acontecimiento biológico o no, que pudiera dañar su estructura, daña a toda la sociedad. La procreación es, pudiera decirse, el fin principal de la familia y de la humanidad misma, su limitación y manipulación es una prioridad máxima para cualquier sociedad, por tanto, no debe ni puede pasar desapercibida para el Derecho.

El Capítulo Primero, intenta esbozar el desarrollo familiar primitivo y la evolución de la relación paterno-filial, desde los albores de la humanidad hasta las teorías contemporáneas.

Los conceptos sobre filiación, concepción artificial y sus diferentes especies son tratadas en el Capítulo Segundo y que sirve como base al Tercer Capítulo, en el cual se analizan algunas discusiones y opiniones, tanto morales, sociales, psicológicas y jurídicas sobre la incidencia social y filial de la concepción artificial.

Se plantean en el Capítulo Cuarto propuestas reglamentarias, tanto al Código Civil para el Distrito Federal, como para la Legislación Sanitaria; así mismo, la necesidad de que legalmente se reconozca este tipo de procreación como resultado de un acto jurídico de las partes que intervienen en él.

Concluimos afirmando que, resulta imprescindible una modernización del Derecho vigente, de acuerdo a las tendencias actuales en materia familiar.

La necesidad de adicionar en el Código Civil para el Distrito Federal, reglamentación en materia de concepción artificial, a través de la investigación y estudio de las diferentes propuestas que exponen soluciones para una regulación sistemática y legal en las prácticas de procreación artificial.

CAPITULO I REFERENCIAS HISTÓRICAS DE LA FAMILIA

A. DESARROLLO FAMILIAR: ANTIGUAS TEORÍAS (MORGAN, LEWIS Y ENGELS F.)

En la segunda mitad del siglo XIX, se presentan estudios científicos sobre la familia por algunos autores como Bachofen y Morgan, de este último Engels retoma al tratar los estados prehistóricos de la cultura, en su libro "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado", en el cual consideró a la familia como una institución social histórica, cuya estructura y función están determinadas por el grado de desarrollo de la sociedad global.

En los Estados Unidos de América, después de la primera guerra mundial, se presenta un nuevo estudio de la escuela internacionalista de Chicago, por Ernest Burgees, que hace de la familia objeto de investigaciones empíricas concretas. en Francia, Lévi Strauss introduce la aproximación estructuralista aplicada a los sistemas de parentesco y de alianza en las sociedades arcaicas

De acuerdo a Marcel Mauss la familia es un fenómeno histórico social, de él surge la idea de que no puede hablarse teóricamente de la familia en general sino únicamente de tipos de familia y la finalidad es

establecer una clasificación de ellas, desde sus formas más antiguas, hasta llegar a la sociedad contemporánea.

Actualmente, la aportación de la teoría de Morgan y de Engels no ha quedado superada, puesto que la ciencia prehistórica concede todavía una gran importancia al desarrollo de las técnicas para explicar la estructura del parentesco y el estatuto respectivo a los sexos¹.

Partiendo de las teorías antiguas, empezaremos con la promiscuidad primitiva de Bachofen, hasta el establecimiento de las relaciones matrimoniales monógamas a que se refiere Morgan, en nuestros días reguladas así por el Estado, en donde podemos apreciar el desarrollo familiar; ese desarrollo que si bien existió desde los orígenes de la humanidad, según Engels y Morgan, sólo se a podido comprender a partir de la obra cumbre de Bachofen, denominada "Derecho Materno", la cual al publicarse en 1861, marcó el inicio de una verdadera historia de la familia.

En su "Derecho Materno", Bachofen rompe con los moldes del conocimiento familiar de su época y de la idea sobre la existencia del patriarcado como forma familiar más antigua permanente, considerando a ésta como el antecedente de su teoría del matriarcado, misma que se sintetiza en los siguientes puntos:

¹ MICHEL Andrée Sociología de la Familia y del Matrimonio Barcelona España Ediciones Península 2a ed. 1991 Traducción de Carmé Vilagines. Pág. 26

- a) Promiscuidad primitiva humana, a la que denomina "hetairismo".
 - b) Paternidad incierta y maternidad cierta.
 - c) Descendencia comprobable en línea femenina.
 - d) Vigencia generalizada del Derecho Materno en los pueblos antiguos.
 - e) Respeto y sumisión a la mujer.
 - f) Uso aceptable y simultáneo de la poligamia y la poliandria.
 - g) Desarrollo familiar fundado en lo religioso y no en lo económico.
- De ahí, que se considere que el paso del hetairismo a la monogamia y del Derecho Materno al Derecho Paterno tuvo como causa el adelanto en las ideas y no en la mejoría de los medios de subsistencia.

Las ideas de Bachofen permanecieron en el anonimato y no fueron conocidas durante algún tiempo. En 1865, J.F. Mc Lennan publica su obra "Matrimonio Primitivo" y en ella su teoría del matrimonio por raptó, clasificó a las tribus en "exógamas y endógamas" teoría y clasificación que le fueron criticadas tanto por Morgan como por Engels.

Después de Mc Lennan, otros pensadores como Lubbock, Herbert Spencer, Fyler (1832-1917), entre otros, fueron pródigos en las ideas evolucionistas acerca de la familia, considerando que en los pueblos antiguos existieron formas familiares diversas a la patriarcal: pero quien en forma más sistemática y científica estudió el desarrollo de la familia fué Morgan, desde la promiscuidad sexual hasta las relaciones monogamas.

El desarrollo de la familia de Morgan, está compuesto por cinco formas de familia: la consanguínea, la punalúa, la sindiásmica o por parejas, la patriarcal y la monógama; cada una nace a consecuencia de la que le precede, difieren entre sí y se caracterizan por un régimen matrimonial o formas de unión diferentes; de entre ellas la consanguínea, la punalúa y la monógama, tuvieron tanta influencia que originaron la creación de sistemas de consanguinidad: el malayo, el turanio y el ario, este último denominado semítico o uralio.

Antes de entrar al estudio de cada una de las familias en particular, mencionaremos, aunque en forma muy breve, el estadio de promiscuidad a que se refiere Bachofen o trato promiscuo por Morgan y que según Engels, constituye un comercio sexual sin obstáculos, ya que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre pertenecía a todas las mujeres.²

La unión monogámica es considerada hasta nuestros días, como el vínculo matrimonial más avanzado; si bien, en ocasiones encontramos en nuestra sociedad uniones no sólo de tipo poligámico (un hombre con varias mujeres), sino también de tipo poliándrico (una mujer con varios hombres), estas uniones son de hecho y muy poco frecuentes.

Volviendo al estudio de la historia familiar primitiva, puede deducirse que hubo una época en la que ubicamos al ser humano, viviendo en la

² ENGELS Federico El Origen de la Familia la Propiedad Privada y el Estado, Ediciones Ebro-Libros, pag 24

escala más baja del salvajismo, apenas si se diferenciaba de los animales irracionales, en un mismo grupo se conjuntaban relaciones tanto poligámicas como poliándricas; creándose así, uniones con libertad sexual absoluta y los hijos nacidos eran considerados pertenecientes al grupo común.

Cabe mencionar, que la mayoría de los autores coinciden en que no pueden aportarse pruebas fehacientes acerca de la existencia de este estadio de promiscuidad, sino que se hace aparecer en el marco evolutivo de la familia como consecuencia de simples deducciones. Del estudio de la familia consanguínea y del sistema malayo de consanguinidad, como veremos más adelante, es posible inferir como antecedente de ambas, la existencia de una promiscuidad anterior; de ahí que Morgan afirme al respecto, que la promiscuidad puede ser deducida teóricamente como una condición necesaria a la familia consanguínea.

1. La familia Consanguínea.

Se considera como la primera etapa en el proceso evolutivo familiar, su característica consiste en la unión efectuada entre hermanos y hermanas, tanto propios como colaterales, en grupo. ejemplo típico de esta familia, dice Engels, "serían los descendientes de una pareja en cada una de cuyas generaciones sucesivas, todas fuesen entre sí hermanos y hermanas y por ello mismo, maridos y mujeres unos de otros"²

² Ibid pag 30

La familia consanguínea dejó de existir y ningún ejemplo de ella encontramos, aún en las tribus más atrasadas; tiene como antecedente lógico el estado de promiscuidad, pero en ella se denota un adelanto, ya que los padres y los hijos no se incluían en las relaciones sexuales de grupo.

Dentro del período histórico, se han presentado casos de uniones sexuales entre hermanos, pero sólo han sido excepciones, motivo por el cual, no puede considerarse que aún exista este tipo de familia, ya que ésta surgió como la unión de un gran número de hermanos y hermanas en grupo, como base de un régimen social.

2. La Familia Punalúa.

Es consecuencia de la familia consanguínea y de acuerdo a Morgan, se caracteriza por el matrimonio de varios hermanos con las esposas de otros, en grupo; y de varias hermanas con los esposos de otras, en grupo. El término hermano se usaba también para los primos hermanos varones del primero, segundo y tercer grado y aún más remotos, de igual manera se utilizaba en el término hermana.⁴

Engels, refiriéndose al concepto de la familia punalúa dice: "Este tipo clásico de una formación de familia que tiene una serie de variaciones y

⁴ MORGAN, LEWIS, Henry. La Sociedad Primitiva. Ediciones Quinto sol. De ed. 1961. pag. 97

cuyo rasgo característico esencial era: comunidad recíproca de maridos y mujeres en el seno de un determinado círculo familiar, del cual fueron excluidos; sin embargo, al principio los hermanos carnales y, más tarde, los hermanos más lejanos de las mujeres, ocurriendo lo mismo con las hermanas de los maridos".⁵

La diferencia de este tipo de familia con la consanguínea estriba en esta exclusión entre hermanos uterinos primero y posteriormente entre colaterales. Así mismo nació en el estadio medio del salvajismo, sobre todo entre los australianos y hawaianos y debió de existir entre los remotos antepasados de las tribus de regidas por el sistema de consanguinidad denominado turanio, pero no se precisa la época de su desaparición.

Según Morgan, la familia punalúa fué la causa de que se creara el sistema turanio y ganowaniano de consanguinidad⁶ y fué en la mayoría de los casos, la que dio origen a la institución de la gens, aunque por excepción, existieron gens sin haber tenido como antecedente esta estructura familiar.

Se debe mencionar que en las formas familiares por grupo, es difícil comprobar la descendencia por otro medio distinto al de la filitación femenina, y que consiste en el reconocimiento que la madre hace de sus propios hijos, y esto es así, ya que la mujer es la única a la cual consta quienes son sus descendientes, aun cuando llamen o denomine hijos a los uterinos nacidos de sus hermanas, muy probablemente sea este hecho el

⁵ ENGELS Federico. Ob. Cit. pag. 31

⁶ MORGAN LEWIS Henry. Ob. Cit. pag. 57

antecedente de que en legislaciones como la nuestra la paternidad solo se presume y la maternidad sea cierta. Ya que la naturaleza permite conocer con certeza este hecho a las mujeres, hecho que sin embargo actualmente a comenzado a cuestionarse debido a las nuevas técnicas de reproducción artificial.

Retomando la cuestión anterior, diremos que ésta situación familiar es decir, la filiación por vía materna, localizada en los pueblos salvajes y a principios de la barbarie, fué descubierta primeramente por Bachofen, de donde dedujo su concepto de "Derecho Materno", criticado por Engels, ya que, según él, resulta incomprensible que en el estadio inferior de la barbarie, los componentes de la familia vigente en esa época tuvieran conciencia jurídica de lo que es el Derecho, o como dice "...porque en ese estadio de la sociedad no existe aún Derecho en el sentido jurídico de la palabra".⁷

3. La Familia Sindiásmica y Patriarcal.

La Familia Sindiásmica.- Esta aparece en el estadio inferior de la barbarie, fundándose en la unión de un hombre con una mujer, los cuales no tenían cohabitación individual, sino que varias uniones de este tipo convivían bajo el mismo techo. Por eso, se ha afirmado que la idea comunitaria tuvo su origen en la familia sindiásmica, puesto que el ocupar varias de ellas una sola vivienda, constituía un verdadero hogar colectivo. La razón por la que varias parejas se unieran para convivir en un hogar:

⁷ ENGELS Federico Ob. Cit pag 40

común, fué que, una sola pareja era débil, inconstante, que por si misma no podía lograr su subsistencia. La familia sindíasmica tuvo como características las siguientes:

- Un marcado predominio de una mujer, manifestado no solamente en las actitudes que desarrollaba en el hogar, en el cual desempeñaba funciones de esposa, madre y compañera, sino que también tenía injerencia en la vida social del grupo, cuyo ejemplo más notorio se manifiesta en que la elección de la autoridad familiar dependía prácticamente de sus indicaciones.

- Una fácil disolución de la unión entre el hombre y la mujer, puesto que la duración de ésta se encontraba sujeta a la libertad absoluta que tanto uno como otro tenían en cualquier momento, para disolver el vínculo y contraer uno nuevo.

- Pertenecía a la madre de los hijos habidos en el matrimonio, que se le otorgara el derecho de retenerlos bajo custodia, cuando su matrimonio se disolvía, por acuerdo mutuo entre la pareja, o bien por la manifestación de uno de ellos.

-Castidad de la mujer, la infidelidad femenina durante el matrimonio, aún ocasional, era severamente sancionada, pero tratándose del hombre, no solamente era permitido ser infiel a su esposa sino que hasta se le otorgaba el derecho de practicar lícitamente la poligamia

- Certeza de la paternidad, durante la vigencia del tipo de familia sindíasmica hubo ciertamente, una mayor seguridad con respecto a la descendencia, ya que las relaciones sexuales se limitaban a la pareja con respecto a la mujer, motivo por el cual, la filiación paterna era ya presumible, no así las anteriores formas de familia, en las cuales la descendencia era comprobable sólo por vía materna.

Morgan, al respecto señala: "La influencia del nuevo régimen, coloca en vinculación marital a personas no emparentadas, debió comunicar un notable impulso a la sociedad. Tendió a crear una raza más vigorosa, tanto física como mentalmente. La fusión de varias razas significa una ganancia por acrecentamiento, la que ha ejercido gran influencia en el adelanto humano. Cuando dos tribus que marchan hacia el progreso, poseedoras de vigorosas cualidades físicas y mentales, se reúnen y fusionan por accidentes de la vida bárbara, en un solo pueblo, el nuevo cerebro y cráneo resultante se ensancha y crece hasta la suma de sus capacidades de ambas. La nueva raza sería superior y se manifestaría en el aumento de la inteligencia y de su número."⁸

El nacimiento del tipo de familia sindíasmico marca una etapa, donde la mujer escasea para el hombre, por lo que éste al buscar esposa se encuentra con la dificultades, al no poder relacionarse sexualmente con las mujeres de su grupo, por las restricciones existentes tuvo que recurrir muchas veces al raptó o a la compraventa de mujeres de otras tribus. Sin duda que el primer hecho, sería el precedente más remoto del raptó.

⁸ MORGAN LEWIS Henry Ob Cit pag 461

sancionado hasta hace poco en el Código Penal, actualmente este delito está derogado. (Diario Oficial de la Federación del 21 de enero de 1991).

Otra característica fué la práctica de regalos antenuupciales y que ha trascendido hasta nuestros días, ya que actualmente se regulan en el Código Civil.

Obviamente con una connotación diferente, ya que en ese estadio se tuvo la costumbre de hacer dádivas o regalos a los parientes más cercanos de la futura contrayente, considerándose que estos obsequios tenían el significado de un pago por la mujer próxima a casarse.

Era común que la madre negociara lo relativo a la unión matrimonial de sus hijos, sin contar para ello con el consentimiento de los futuros contrayentes, dándoseles a conocer simplemente la fecha de su enlace.

Engels señala, al referirse a este tipo de negociaciones matrimoniales maternas: "Entre los indios de América y en otras partes, no incumbe el convenir en un matrimonio a los interesados, a quienes a menudo ni aún se les consulta, sino a sus madres. Muchas veces quedan prometidos así dos seres que no se conocen el uno al otro y llegan a saber el cierre del trato cuando se acerca el enlace del encuentro matrimonial".⁶

La Familia Patriarcal.- Esta familia es una forma intermedia entre la familia sindiásmica y la monogámica, tiene como característica el poder exclusivo de los hombres. es una familia polígama y su forma. explica el

⁶ ENGELS Federico Ob Cit pag 45.

texto escrito por Kovalevsky, citado por Engels, en el cual dice: "La organización de cierto número de individuos, libres y no libres, en una familia sometida al poder del jefe de ésta".

En la forma semítica, ese jefe de familia vive en plena poligamia, los esclavos tienen una mujer e hijos, el objetivo de la organización entera es cuidar el ganado en una área determinada.¹⁰

En la familia consanguínea y punalúa, la autoridad paterna fué tan imposible como desconocida; se inicia esta figura en la familia sindiásmica, como un débil influjo, pero se va afirmando a medida que ésta se individualiza para consolidarse en la familia monógama, la cual daba certidumbre a la paternidad. En la familia patriarcal de tipo romano, la autoridad paterna excede los límites de lo razonable, para caer en un exceso de dominación.

La familia patriarcal se originó en el período superior de la barbarie y estuvo vigente por algún tiempo, después de iniciada la civilización pero sin llegar a generalizarse, en virtud de que existió entre las tribus de pastores hebreos, pero sin crear un sistema nuevo de consanguinidad.

La familia romana es el perfecto ejemplo de esta forma de familia. con autoridad del padre sobre la vida y muerte de sus hijos y descendientes. de sus esclavos y de sus servidores y con propiedad absoluta en los bienes de todos ellos. además en un momento determinado se elimina la poligamia

¹⁰ Ibid pag 54

El desarrollo de la familia patriarcal señala el tránsito de la familia sindíasmica a la monógama. Para asegurar la fidelidad y por consiguiente la paternidad de los hijos, la mujer es entregada sin reserva al poder del hombre, cuando éste la mata, no hace más que ejercer su derecho.¹¹

Otro ejemplo de la familia patriarcal, marcado por Engels es la "Zadruga de los sudoslavos", este tipo de familia comprende varias descendencias de un mismo padre, conviviendo los hombres con sus mujeres bajo un mismo techo común y regidos por el "Domancin", que fungía como administrador, representante y responsable de las negociaciones que se efectúan en la "Zadruga", como remates de productos, negociaciones con la tierra, con los alimentos, vestidos que pertenecían en común al grupo, ya que debía rendir cuentas al consejo familiar, que vigilaba el actuar del "Domancin".

Engels, además se refiere a regimenes patriarcales, tanto en Rusia como en otros lugares, cuando señala. "No hace ni diez años que se ha probado la existencia en Rusia de comunidades familiares de esta especie, y está generalmente reconocido hoy, que en la costumbre popular rusa tiene raíces tan hondas con la "obschina" o comunidad de aldea. Figura en el más antiguo Código ruso, el Prevda de Yaroslav, con el mismo nombre (vervj) que en las leyes de Dalmasio; en las fuentes históricas polacas y checas también podemos encontrar referencias al respecto "La comunidad familiar, con cultivo de suelo en común (que es una de las características de este tipo de familia) mencionase ya en las Indias por Nerco en tiempos

¹¹ Ibid, pag 55

de Alejandro Magno, aún subsiste en el Penyah y en todo el noreste del país. El mismo Kovalevsky ha podido encontrarla en el Cáucaso, en Argelia existe aún en las cabildas: Ha debido hallarse hasta América, donde se cree descubrirlas en los "Calpullis" descritos por Zurita en Nuevo México".¹²

En relación con esta familia que se estudia, podemos mencionar lo siguiente:

- Que estaba formada por personas libres, siervos y esclavos (aunque éstos estaban determinados como bienes), todos ellos bajo la autoridad de una sola persona, que era el padre denominado "paterfamilias".

- Que la principal ocupación de sus componentes, era el uso de las tierras para la cría de ganado y formación de rebaños y manadas.

- La práctica de la poligamia era peculiar en el jefe de familia, más no de los siervos y esclavos. Por eso, en la familia patriarcal semítica son polígamos el patriarca y en ocasiones algunos de sus hijos, no así sus demás componentes, quienes tenían relaciones sexuales con una sola mujer, como sucede aún en el oriente, en que la poligamia es privilegio de la clase pudiente, pero donde el común de la gente, son monógamos

¹² Ibid. pag 56

- Se manifiesta un mayor cultivo de tierras y una reciprocidad entre los miembros, tanto de los medios de defensa, como en los de producción para la subsistencia.

- La cohabitación poco a poco, se fué haciendo exclusiva entre los matrimonios efectuados, aún los celebrados entre siervos y esclavos y cuya descendencia venía a engrosar la propia familia patriarcal.

- En ella, la esclavitud humana se instituye como medio de producción estando los esclavos en calidad de parias, sobre los cuales el paterfamilias ejercía un derecho absoluto de vida o muerte.

- Durante su vigencia, hubo un desenvolvimiento de la idea de apropiación; por lo cual, las leyes trataron de crear una regulación efectiva de la misma. En efecto, a las personas se les despierta el deseo de independencia y de libertad de acción individual, lo cual dio origen a que la propiedad comunal se convirtiera más tarde en particular.

4. La Familia Monógama.

Su nacimiento acontece en el límite del estadio medio con el superior de la barbarie; se desarrolla en los albores de la civilización y alcanza su mayor apogeo en la actualidad. Como característica principal presenta la unión conyugal de un hombre con una sola mujer con cohabitación exclusiva, encaminada a la obtención de una descendencia cierta en línea

masculina, a efecto de que los hijos nacidos del matrimonio, tengan el carácter de herederos directos y pudiera trasmitirse a ellos el patrimonio paterno.

El cúmulo de experiencia que el ser humano ha tenido en el transcurso de su desarrollo, desde el salvajismo hasta su arribo a la civilización, constituye el antecedente remoto de la familia monógama; pero el inmediato, lo encontramos en la familia sindiásmica; si bien, con esta familia tiene marcadas diferencias, entre las cuales encontramos lo referente al vínculo matrimonial; en efecto, mientras que en la sindiásmica el matrimonio por parejas puede ser momentáneo y disoluble por cualquiera de los cónyuges, en la monógama la unión conyugal tiene una mayor firmeza, no sólo por la exclusividad en la cohabitación, sino que en un principio el marido es el único facultado para repudiar a la mujer. Sin embargo, tomando en cuenta el grado de desarrollo que la familia monógama tuvo en los distintos lugares donde apareció, encontramos entre los romanos, que la unión entre los esposos también podía disolverse por el solo arbitrio de la mujer, al decir Engels: "La familia monogámica no ha revestido en todos los lugares y tiempos la forma clásica y ruda que tuvo entre los griegos".

La mujer, era más considerada entre los romanos, quienes en su calidad de futuros conquistadores del mundo, tenían de las cosas un concepto más amplio, aunque menos refinado que los griegos. El romano creía suficientemente garantizada la fidelidad de su mujer por el derecho de

vida y muerte que sobre ella tenían; además, la mujer podía romper el vínculo matrimonial a su arbitrio, lo mismo que el hombre.¹³

En seguida analizaremos algunos matices de la familia monógama entre los germanos, los griegos y los romanos.

a) Germana.

Tácito es el exponente principal de la familia monógama entre los antiguos germanos; sin embargo, se refiere fundamentalmente a sus costumbres matrimoniales, no dándonos exactitud de datos respecto a la investigación de la familia ni tampoco sobre los derechos y deberes de sus componentes.

No obstante y siguiendo al mismo Tácito citado por Morgan, podemos decir que la monogamia germánica presentaba un aspecto peculiarísimo, manifestado en dos hechos principales: en primer lugar, el hombre se encontraba satisfecho de tener relaciones matrimoniales con una sola mujer; en segundo, las mujeres eran excesivamente púdicas.

Los dos casos mencionados anteriormente, y según Tácito caracterizaban la monogamia germana, nos conducen a pensar que esa familia es el único caso, entre los pueblos bárbaros, de la existencia de una monogamia estricta, aunque entre los germanos también hubo casos

¹³ Ibid. pag. 60

aislados en que se llegó a practicar la poligamia, tanto por los miembros principales como por los jefes de tribu.

Al parecer la organización de los antiguos germanos fué débil; por tal motivo, varias familias se unieron, amparándose en un hogar común para prestarse mutua ayuda, ese hogar común fué paulatinamente desapareciendo con el advenimiento de la esclavitud.

También, entre los antiguos romanos, la condición de la mujer fué bastante diferente, si la comparamos con el estado de inferioridad que tenían dentro de la familia monógama griega y romana, puesto que las mujeres germanas eran tenidas en gran estima y consideración llegando a tener injerencia definitiva en el ámbito social.

b) Griega.

A la mujer casada, se le exigía castidad conyugal y era severamente castigada en los casos de infidelidad, pero por el contrario, no había una reciprocidad por parte del hombre y, Morgan se refiere de la siguiente manera al respecto de esta familia: "La monogamia que pudiera haber, se apoyaba en una obligación impuesta a la esposa, mientras que el esposo en la gran mayoría de los casos, no la practica. Esta familia tenía tantas características sindiásmicas como monógamas" ¹⁴

¹⁴ MORGAN LEWIS, Henry. Ob. Cit. pag. 472

Homero en sus poemas ha dejado testimonio de la escasez de derechos que la mujer tenía; de la falta de garantía de esos escasos derechos femeninos; del abuso de los caudillos griegos hacia las mujeres cautivas; del estado ignominioso en el que se encontraban las mujeres con respecto del hombre; del bajo nivel moral de éste, ya que no respetaba ni las obligaciones paternas ni tampoco maritales y personales.

Con el advenimiento de la filiación paterna, substituyendo a la materna, la mujer dejó de ser el centro de la familia, quedando enajenados sus derechos agnaticios sin compensación alguna; y, quedó aislada de sus parientes gentilicios y recluida, imponiéndosele la cohabitación exclusiva, pero sin que hubiese obligaciones de reciprocidad por parte de su cónyuge.

En el período histórico griego, la finalidad del matrimonio era la procreación de hijos legítimos, y la reclusión de la esposa se efectuaba para obtener esa finalidad. Morgan considera que el vínculo matrimonial se originaba por la necesidad y el deber y no por un sentimiento amoroso. "En realidad fue el desarrollo de la propiedad y el deseo de que fuese transmitida a los hijos, lo que hizo de fuerza motriz para introducir la monogamia como medio de asegurar herederos legítimos, limitar su número a la progenie efectiva de la pareja conyugal."¹⁵

¹⁵ Ibid., pág. 472

c) Romana.

La mujer romana, estuvo originalmente sujeta a su esposo; obtiene la categoría de ama de casa, denominándosele "Mater-Familias", teniendo en ella facultades decisivas y autoritarias dentro de su organización; se le faculta libremente para transitar fuera de su casa y para asistir en compañía de varones a diversos sitios, espectáculos, banquetes, etc.

Entre los romanos la condición de la mujer es más favorable, pero su subordinación es la misma, siempre dependió de su marido, quien si no le daba un trato igual, si le tenía consideraciones especiales; sin embargo, el marido podía imponerle castigos, darle muerte o concederle la vida en los casos en que era infiel, pero esos derechos maritales del hombre, relacionados con el adulterio de su mujer, debían ser previamente sancionados y autorizados por el consejo de la gens de la esposa, a efecto de que pudieran ser ejecutados.

Hubo tres formas de matrimonio entre los romanos: confarretio, coemptio y usus; por lo cual, hay una diferencia manifiesta con la organización matrimonial de otros pueblos, todas esas formas de matrimonio tenía como fin principal, el procrear hijos legítimos y estuvieron vigentes durante la República, dejando de existir en la época del Imperio cuando el matrimonio libre se puso de boga.

Con el surgimiento del matrimonio libre, la esposa dejó de estar subordinada a su cónyuge, se estableció el divorcio a voluntad de

cualquiera de los esposos, lo cual no resultaba ninguna novedad, ya que ésta era una característica de la familia sindiásmica.

Morgan, menciona que se generalizó la idea de que la implantación de la libertad discrecional en la disolución del matrimonio, tanto en los griegos como en los romanos, era un retroceso desde una condición más elevada y pura de virtud y moralidad, él mismo al respecto de estas ideas considera que no puede hablarse de retroceso moral, cuando nunca existió esa moralidad pura en las relaciones matrimoniales, así griegas como romanas y encuentra explicación al decir: "Esta licencia era probablemente, resabio de un antiguo régimen conyugal que nunca se había podido desarrollar completamente y que había persistido desde la barbarie como lacra social, y que ahora manifiesta sus excesos en la nueva corriente del hetairismo. Si los griegos y los romanos hubieran alcanzado a comprender y respetar la equidad de la monogamia, en lugar de recluir a las esposas en el gineceo, en su caso, y mantenerlas sujetas en otro, es justo pensar que su aspecto social hubiera sido diferente. Desde que ninguno ni otro había alcanzado una moral más elevada, no tenían mayor motivo para deplorar la decadencia de la moral pública.

La substancia de la explicación estriba en el hecho de que ninguno de los dos reconocían en su integridad, el principio de la monogamia, que era la única que podía asentar sus respectivas sociedades sobre una base moral".¹⁶

¹⁶ Ibid pag 477

Para Morgan, y teniendo como base el perfeccionamiento ascendiente de la familia, a través de las formas en que se nos ha manifestado desde su origen, hasta los tiempos actuales, la familia monógama debe llegar, en su desarrollo, al establecimiento efectivo de una verdadera igualdad de sexos. Por otra parte, según el autor citado, y en virtud de que el progreso familiar está íntimamente unido al social; se puede decir que el progreso familiar, marca el progreso social, la familia monógama necesariamente debe tener mutaciones en la medida que la sociedad logre un mayor desenvolvimiento cultural, de lo cual se deduce, que no es posible vaticinar si posteriormente pueda existir otra forma familiar que venga a sustituirla, cuando el tipo de familia monógama, debido al adelanto cultural humano, ya no satisfaga las exigencias sociales.

B. FAMILIA : TEORÍAS CONTEMPORÁNEAS.

De entre las teorías contemporáneas citaremos las de Claude Lévi-Strauss, la de Germaine Tillion y la de Talcott Parsons. Estos autores tratan de situar el problema del matrimonio y del parentesco dentro de la sociedad global, tanto si es arcaica (Lévi-Strauss y Tillion), como si es industrial moderna (Parsons), estas teorías son unas de las más recientes sobre el tema del matrimonio y familia, de las cuales sólo expondré algunas conclusiones de lo autores en forma breve

1. Lévi-Strauss.

Para Lévi-Strauss, la familia es el resultado, no de tendencias fisiológicas o psicológicas, sino, de una organización social y ésta, de las relaciones de parentesco, es lo que a determinado los sentimientos respectivos de padres a hijos. Este autor sostiene que no hay ninguna forma o institución de la vida social que esté limitada al instinto biológico, ya que la característica del hombre es estructurar y organizar y no se somete a tendencias innatas.

La prohibición del incesto es para Lévi-Strauss, el primer acto de organización social mediante la cual "la naturaleza se supera a sí misma."¹⁷ Afirma la existencia de una regla de reciprocidad que preside a los intercambios humanos, en las sociedades arcaicas; asimismo, la Prohibición del incesto no es más que un caso particular de la regla de reciprocidad, ésta consiste en este caso, en que la prohibición del uso sexual de la hija o de la hermana, obliga a dar en matrimonio a la hija o a la hermana a otro hombre;¹⁸ en otras palabras, en el momento en que la prohibición del incesto impidió el uso de una mujer, ésta que da disponible.

Según el autor, la mentalidad del hombre arcaico no es diferente a la nuestra, ya que éste, era un ser penetrado de racionalidad, ya que en la prohibición del incesto existe la regla de reciprocidad y éste a su vez es un acto razonado y planificado para las diversas generaciones.

¹⁷ MICHEL Andree. Ob Cit pag 40

¹⁸ Ibid pag 41

Sitúa a la exogamia, en la expresión social amplia de la prohibición del incesto, es una regla de alianza y deseo de terminar con su aislamiento, su finalidad es "unir a los hombres y superponer a los lazos naturales del parentesco, los lazos a partir de ahora artificiales, ya queda al azar de los encuentros o ante la promiscuidad de la existencia familiar. de la alianza regida por la regla,"¹⁹ así se substituye el matrimonio endogámico por el matrimonio con grupo distinto al que pertenece, ya que éste resulta un beneficio social, sin pensar en el beneficio biológico que acarrea al grupo. La exogamia es el arquetipo de todas las demás manifestaciones de reciprocidad.

Las reglas de matrimonio y de parentesco fueron elaboradas en forma inconsciente por el hombre primitivo, y solo puede existir sociedad si existe intercambio y reciprocidad. Las reglas del parentesco y del matrimonio. no son consecuencia de la sociedad, son el estado mismo de la sociedad, modificando las relaciones biológicas y los sentimientos naturales, cuando el hombre, se impone la exogamia la sociedad empieza a organizarse.

Los hombres primitivos, distinguieron cuatro grupos de personas y tres tipos de relaciones familiares, de ahí, que la prohibición del incesto fuera posible, y éstas son: relación de consanguinidad relación de alianza y relación de filiación, es decir, relación de hermano de esposo a esposa y de padre a hijo. La unidad de parentesco se compone de cuatro personas el marido, la mujer, los hijos y el hermano de la madre.

En la sociedad arcaica, el eje necesario alrededor del cual se construye la estructura del parentesco, es la relación entre cuñados, ya que en calidad de compensación (en el caso de la prohibición del incesto), el marido deberá ceder a su hermana o a su hija a su cuñado. El parentesco es para Lévi-Strauss, un sistema de nomenclatura, dentro del cual cada elemento no tiene ningún significado, sino está unido a un sistema: estos sistemas son contruidos por el espíritu a nivel de pensamiento inconsciente.²⁰

En cuanto al matrimonio, lo plantea como uno de los múltiples aspectos de intercambio entre los grupos humanos que contraen alianza, ya que existe la prohibición de casarse con un miembro de la familia legal. En las sociedades arcaicas, la relación global que constituye el matrimonio, no queda establecida entre un hombre y una mujer, sino entre dos grupos de hombres; la mujer queda comprendida entre los objetos de intercambio entre estos dos grupos. El matrimonio sólo es un elemento de la cadena de prestaciones, como una forma característica de las relaciones sociales en la sociedad arcaica y ésta es una condición para que se realice la reciprocidad.

Los hechos que confirman el matrimonio por intercambio, se encuentran entre los beté de Costa de Marfil, ya que éstos arreglan sus uniones matrimoniales en un intercambio generalizado. Esta teoría ha recibido una crítica por Jack Goody, en cuanto a :

²⁰ Ibid pag 44

a) No son las mujeres mismas el objeto del intercambio, sino los derechos sobre las mujeres.

b) Así pues, la mujer no es únicamente sujeto de intercambio matrimonial, sino una persona, ya que es un sujeto de derechos y deberes.

c) La prohibición del incesto en nuestra sociedad moderna no implica únicamente la renuncia del hombre a casarse con su hija o con su hermana, con el fin de que otro hombre le ceda a su hija o a su hermana en matrimonio, sino también que una mujer renuncie a casarse con su hijo o su hermano, a fin de que otra mujer le ceda a su hijo o a su hermano en matrimonio.

2. Germaine Tillion.

Este autor, distingue dos categorías de sociedades: las exógamas, que corresponden a las poblaciones llamadas salvajes, poco pobladas y escasas en el mundo, casi en vías de desaparición; y, las sociedades endógamas poblaciones prolíficas, que encontramos en las orillas del Mediterráneo.

Para Tillion, las estructuras de parentesco de ambas sociedades dependen de las condiciones socioeconómicas y demográficas. en las sociedades exógamas surge la prohibición de casarse con familiares aún lejanos, ésta tuvo como origen garantizar los territorios de caza y se practicaba la alianza, cediendo a las hijas y de esta forma garantizar el

territorio para la caza y pesca, así como la recolección sustento de estas sociedades. Tenía también un control demográfico, ni pocos ni demasiados hijos; por tanto, tenía una política que permitía tanto el aborto, como el abandono de recién nacidos y la anticoncepción. Las tribus exógamas, como ya se dijo, se encuentran esparcidas por el mundo en América, India, Australia, Nueva Caledonia, entre otros.

En las Sociedades endógamas, se observa una enorme modificación de la economía general de los seres humanos, debido a todos aquellos avances científicos que marca la historia a través de su desarrollo, como la domesticación de animales, invención de medios de transporte, etc., a este auge económico, la población aumenta, ya que ahora se puede mantener a muchos hijos y se desea tenerlos a fin de proteger las nuevas fronteras agrícolas.

Por tanto, terminan las alianzas, se deja de practicar la exogamia y se conserva a las mujeres para la familia, practicándose así la endogamia, pone como ejemplo de esta mentalidad de nueva orden de "creced y multiplicaos", a la misma sociedad actual, sobre todo donde se practica la religión católica y musulmana, que son las más influenciadas por esta mentalidad, con una marcada tendencia endógama

Su teoría es que las estructuras elementales del parentesco descritas por Lévi-Strauss son en realidad estructuras primarias que, en la zona que

ella estudió, han precedido a las estructuras secundarias de la endogamia.²¹

Tillion explica, que en el desarrollo de las sociedades existieron dos grandes revoluciones que denomina "revoluciones del homo", que éstas han sido económicas, demográficas y culturales, que constituyen fenómenos sociales totales.

La primera revolución, la sitúa en el Paleolítico superior, ubicamos en esta etapa al hombre como cazador y con la presencia de los primeros inventos, como utensilios de caza, y como una forma de alianza con sus vecinos inventa la exogamia, que consistía en el intercambio de mujeres (teoría sostenida también por Levi-Strauss, tenía también el control demográfico, aun cuando fuese a través del infanticidio, todo esto a fin de mantener una paz social.

La segunda revolución del homo se ubica en el Neolítico, ya se ha inventado la agricultura y la ganadería, la sociedad se desarrolla en nuevas proporciones culturales, económicas y demográficas, así que las prohibiciones e intercambios que sostenían para procurar una paz social fueron abandonadas poco a poco, se rechazó así la exogamia y el control de nacimientos, se conservaron a las propias mujeres y se tomaron además las del vecino y tuvieron tantos hijos como vinieran. La revolución Neolítica (que es la nuestra), tiene como características las siguientes

a) Una clara preferencia por la endogamia.

b) Preferencia por una filiación exclusivamente patrilínea y encarnizamiento contra el control de nacimientos.

Estas sociedades producto de la revolución neolítica, son expansionistas; se dividieron en dos ramas: La surgida de las sociedades ribereñas del Mediterráneo, que se han extendido hacia el Oeste por América del Sur y hacia el Este, hasta el Japón y, la rama que cubre Europa del Norte y América del Norte.

Tillion opina que las estructuras modernas del parentesco europeo y americano, tienen como características en común, las siguientes:

a) Un parentesco legal de filiación paterna que se borra progresivamente ante el parentesco físico, la rama familiar paterna sigue transmitiendo el apellido.

b) La tendencia de considerar a la mujer como persona cada vez más extendida.

c) El matrimonio preferencial con un primo ha desaparecido, pero es reemplazado por el matrimonio en la clase social

d) El control de nacimientos se generaliza, pero (supervivencia del sistema precedente), es todavía practicado con muchas retinencias oficiales, tanto religiosas como políticas.²²

3. Talcot Parsons.

En su teoría sobre la familia americana, comprende tres aspectos: el primero sobre las funciones de la familia, otro sobre la estructura de la familia americana y, el tercero de los roles masculinos y femeninos.

a) Funciones de la Familia Americana- La sociedad americana contrasta fuertemente con las sociedades arcaicas. Para Parsons la familia de hoy, es una organización bien definida, ya que posee una estructura y dentro de sus funciones elementos constantes que no son únicamente el reflejo de su composición biológica. Una de sus funciones es la procreación y el cuidado de sus hijos, la familia es una unidad vital altamente especializada.

Para Parsons, las funciones fundamentales que ejerce la familia son dos: la socialización primaria de los niños, para que puedan convertirse un día en miembros de la sociedad, en la cual han nacido, y la estabilización de las personalidades adultas de la población. la función socializadora primaria de los niños tiene como fin transmitir valores conceptos fundamentales de la sociedad La estabilización de la personalidad adulta

²² Ibid pag 11

se realiza a través del matrimonio, logrando trascender la situación infantil, donde el marido queda centrado en el rol instrumental y la mujer en el rol expresivo.

b) Estructura de la Familia Americana.- Para Parsons la familia americana tiene como característica que es una familia nuclear o conyugal, un poco aislada del parentesco amplio, es neocal (que se instala en una casa independiente) y, está basada en un sistema bilateral de parentesco y reposa en el matrimonio, sus valores están orientados hacia la racionalidad; las relaciones basadas en el parentesco dependen del nacimiento (nacer dentro de la familia), en un sistema de parentesco bilateral, es decir, están unidos tanto al grupo de parientes paternos como maternos. El matrimonio es en nuestra sociedad, la principal clase estructural del parentesco.

c) Los Roles Masculinos y Femeninos de la Familia.- Estos van íntimamente ligados al sexo, es decir, el rol del padre será instrumental, de lazo de unión con la sociedad, y proveedor de bienes materiales de la familia y ésta a la vez está determinada por el ejercicio de una profesión o trabajo dentro de la sociedad y que determinará el estatuto de la familia en la comunidad. Las tareas domésticas y los hijos son las principales actividades del rol femenino, la estructura de estos roles serán determinantes en la formación de la personalidad del niño.

Todos los datos anteriores y referentes al origen de la familia así como las teorías contemporáneas de ésta tienen como finalidad dar al lector una breve visión sobre las diferentes teorías que este tema a

originado, ya que es indispensable conocer el pasado para comprender el presente, además invitar a reflexionar, o si se quiere rebatir tales teorías. o bien, formarse una propia.

Por último concluimos con el concepto que nuestro Derecho tiene de la familia y dice que: Es la plataforma o la base en la cual un grupo de individuos se puede desarrollar en diversos aspectos: económico, social, cultural, etc. La familia puede verse desde tres puntos de vista:

a) Biológico.- Es la pareja hombre-mujer, sus ascendientes y descendientes, sin limitación alguna.

b) Sociológico.- Puede verse desde dos sentidos, en sentido restringido o nuclear, la familia es la pareja hombre-mujer, sus ascendientes, descendientes y todos aquellos que por la ley (u otro motivo) y los consanguíneos que se asimilan al tronco común, se trata de familias independientes. Y en sentido extenso, la familia es la pareja hombre-mujer, sus ascendientes, descendientes, consanguíneos, los agregados por lazos de ley y además los que se agregan por algún interés económico, moral o de cualquier otro tipo y que reconozcan la autoridad del tronco común como autoridad máxima.

c) Jurídico - La familia desde el punto de vista jurídico, es la pareja hombre-mujer, ascendientes y descendientes, consanguíneos y todos aquellos que adopten por medio legal y en la que además el Derecho les va a conceder derechos y obligaciones

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.

A. FILIACIÓN.

1. Concepto.

La procreación es un hecho biológico que regula el Derecho a través de la institución llamada filiación; ésta, parte de un hecho biológico y consiste en que, una persona ha sido procreada por otra; se establece entre ellos una relación, el padre, la madre, y el hijo; la cual se produce idéntica a sí misma en todas las generaciones.

En relación a la persona puede determinarse maternidad, a la relación de la madre hacia su hijo; paternidad a la relación del padre hacia su hijo y filiación cuando el punto de partida es el hijo, por lo cual, **Filiación** es la relación jurídica que se establece entre los progenitores y sus descendientes más inmediatos (hijos)

Sus especies son.

- a) Paternidad
- b) Maternidad, y
- c) Filiación en sentido estricto

2. Naturaleza Jurídica.

Partiremos analizando determinados hechos jurídicos que están íntimamente ligados a la filiación, éstos son; la procreación, la concepción, el embarazo y el nacimiento, hechos que indiscutiblemente producen consecuencias de Derecho.

La procreación es un hecho biológico que se regula a través de la filiación, este acontecimiento es en sí mismo vital dentro de la existencia humana; la concepción y el embarazo, son hechos que dan instantáneamente al embrión una capacidad, que es atribuida por el Derecho a fin de proteger el desarrollo de éste, la personalidad estará sujeta al último hecho: el nacimiento, específicamente a saber si el embarazo da como resultado el nacimiento de un ser viable, de lo contrario esta personalidad se perderá. Todos estos hechos jurídicos, si llegan al nacimiento, darán como consecuencia la filiación aun cuando no la constituyan.

El Derecho toma en cuenta el vínculo sanguíneo que une al hijo con sus padres, para que surja la filiación, existen además otras fuentes que son, el reconocimiento y la adopción, cabe mencionar que en la filiación legítima y el reconocimiento, producen derechos y obligaciones plenas establecidas por el Derecho no así en la adopción que tiene derechos y obligaciones limitadas

La Filiación es una institución, fuente de la familia y sólo surge hasta el nacimiento y siempre respecto a seres viables.²³ Con respecto a su establecimiento, la filiación tiene que determinarse en cada caso en particular.

Así pues la naturaleza de la filiación se determina dependiendo de la situación jurídica de los padres, justamente en el momento de la concepción del hijo, es decir de su estado civil, ya que este momento es determinante para calificar a la filiación; sin embargo, la legitimación está unida tanto a la concepción como al nacimiento durante el matrimonio, aun cuando el hijo sea concebido con anterioridad al matrimonio, la ley lo asimila hacia los legítimos. La finalidad es determinar en la relación en cuestión quien es el padre, quien es la madre y quien es el hijo, con la respectiva asignación de un contenido jurídico de derechos y obligaciones.

3. Clasificación.

Filiación Matrimonial.- Corresponde a los hijos que han sido concebidos por los cónyuges durante su matrimonio, y también para aquellos que nacen dentro de los plazos determinados por la ley. "Se presumen hijos de los cónyuges, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, ya provenga ésta de nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio" (Art. 324 del Código Civil).

²³ ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil Introducción. Personas y Familia. Ed. Porrúa, 23a ed. 1989, pág. 456

"El matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración." (Art. 354 del Código Civil).

Filiación Extramatrimonial.- Corresponde a los hijos que son engendrados por personas no ligadas al vínculo matrimonial, de acuerdo a Rafael de Pina, éstos se clasifican en Naturales y No Naturales; los Naturales serán aquellos hijos cuyos padres se encuentran en condiciones de contraer matrimonio en el momento de la concepción del hijo, y los No Naturales serán aquellos hijos cuyos padres no pudieron haberse unido legalmente cuando los concibieron.

Filiación Adoptiva.- Corresponde a los hijos adoptados, mediante el acto jurídico establecido por la figura de la adopción.

Esta Clasificación, es decir, la Matrimonial, la Extramatrimonial y la Adoptiva, obedece a fines didácticos simplemente, ya que nuestras leyes fueron una de las primeras en buscar igualar a los hijos independientemente de su origen. Ya en el Código Civil de 1928 se vio notablemente mejorada la situación de los hijos naturales, denominación que se les otorgaba despectivamente a los hijos nacidos de personas no unidas al vínculo matrimonial, así nuestro Código actual suprime la clasificación de hijos espurios, se facilita el reconocimiento y la legitimación de los hijos y finalmente, con el otorgamiento a los hijos nacidos fuera de matrimonio del derecho de llevar el apellido de quien los reconoce para ser

alimentados y para percibir la porción hereditaria en la mismas condiciones que cualquier otro hijo.

4. Maternidad, Paternidad y su Impugnación.

Maternidad.- Repetiremos aquí también lo dicho por la mayor parte de los autores; la maternidad es un hecho susceptible de prueba directa perfectamente conocido gracias al parto; sin embargo, hoy en día este hecho es ya refutable, quien está pariendo puede no ser la madre biológica del recién nacido sino simplemente la madre gestante. Continuando con el estudio de la maternidad, esta supone dos elementos:

1. El Parto.

2 La identidad entre el ser que da a luz y el que después pretende serlo.

De acuerdo al primer elemento, el parto es un hecho susceptible de prueba directa; el segundo elemento, puede probarse a través de testigos a quienes les conste el hecho²⁴ y a este respecto se refiere el artículo 58 del Código Civil para el Distrito Federal, al decir: "el acta de nacimiento se levantará con asistencia de dos testigos. Contendrá el día, la hora y el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que correspondan; asimismo la razón de si se ha presentado vivo o muerto; la impresión digital del presentado. Si éste se presenta como hijos de padres

²⁴ Ibid. pag. 490

desconocidos, el juez del registro le pondrá nombre y apellidos, haciéndose constar esta circunstancia en el acta".

Con respecto a las pruebas de filiación en cuanto a la madre, y aun cuando el sistema mexicano no hace distinción entre los hijos legítimos e ilegítimos en cuanto a derechos y obligaciones ni tampoco se asienta este hecho en el acta de nacimiento, la filiación legítima tiene una prueba distinta a la natural.

De acuerdo al artículo 360 del Código Civil: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento". En otras palabras, el parto es prueba fehaciente de la filiación materna; el parto también determina la filiación legítima en ambos padres de acuerdo al artículo 324 del mismo Código.

El artículo 360 marca la filiación materna extramatrimonial, hecho que queda asentado en un acta de nacimiento en la que se establecen los dos elementos de la maternidad, sin mencionar el hecho que es extramatrimonial. Si la madre viviera en concubinato, la presunción es igual que en la filiación legítima (Art. 383 del Código Civil), así se presumen hijos de los concubinos a los nacidos dentro de los límites que marca la ley.

En cuanto a la filiación legítima, la prueba la constituye el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres (Art. 340 del Código Civil), la cual es oponible a todo el mundo.

Si faltaren las actas o si éstas fueran defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, excepto la testimonial, que no es admisible si no existe un principio de prueba por escrito o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastantes graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros, faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado de éste deberá tomarse la prueba sin admitir de otra clase (Art. 341 del Código Civil). A este respecto Rojina Villegas nos dice: " si faltaren las actas correspondientes para la demostración de la filiación legítima con respecto a la madre, podrá acreditarse mediante prueba de testigos, ambos elementos de la maternidad, ya que esta prueba tiene un doble alcance, uno para exigir alimentos a la madre o bien para comparecer como heredero, esta prueba testimonial no es oponible ni al marido de la madre, ni a los parientes por línea paterna o materna, ya que ésta tiene solo un valor en el caso concreto para el derecho, que se ha pretendido hacer valer."²⁵ En cambio si esta prueba es presentada en juicio de investigación de maternidad y se acredita la posesión de estado de hijo legítimo (Art. 342 del Código Civil) tendrá un alcance absoluto, oponible a todo el mundo si el juez la reconoce en sentencia

En resumen, las pruebas para determinar la filiación legítima en cuanto a la madre, que son las mismas para el padre ya que la filiación legítima así lo implica, y son las siguientes:

1. La marcada en el artículo 340 del Código Civil, que es el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres, o.

2. La demostración de la posesión constante de hijo legítimo nacido de matrimonio que marca el artículo 341 del Código Civil, si además queda probada esta situación por la familia del marido y la sociedad y concurren las circunstancias que marca el artículo 343 del referido ordenamiento.

Si no existe reconocimiento por parte de los progenitores, los hijos nacidos extramatrimonialmente, pueden ejercitar la acción de investigación de paternidad a fin de establecer una relación paterno-filial por sentencia, así como la acción de reclamación corresponde a los hijos de matrimonio.

Con respecto a la investigación de la maternidad, son admisibles todos los medios de prueba, de acuerdo al artículo 385 del Código Civil, que establece: "está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será admitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Este último párrafo del artículo 385, representa la excepción a la libre investigación del hijo con respecto al origen de su maternidad: en efecto, se prohíbe la investigación en el caso en que la madre a la que se atribuye sea casada.

su esposo no sea el padre de éste, se relaciona también con el artículo 63 del Código Civil, no obstante, el artículo 386 nos aclara lo dispuesto en la parte final del mencionado artículo 385, al decir: "el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal", es decir, si hay impugnación de legitimidad del hijo por el marido (sentencia civil) o el adulterio de la mujer y que el hijo, haya sido consecuencia de éste.

Las acciones de investigación de paternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres, si los padres hubieran fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos de intentar la acción, antes que cumplan cuatro años de su mayor edad (Art. 388 del Código Civil)

Por otro lado, es interesante mencionar el estudio hecho por Chávez Asencio con respecto a la impugnación de la maternidad, ya que como él mismo menciona no aparece en nuestro Derecho esta acción que funda en reglas generales contenidas en el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles, al decir: "Las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de las acciones de estado civil perjudican aun a los que no litigaron".

También menciona al artículo 277 del Código Penal, que tipifica los actos que se consideran delitos en contra del estado civil de las personas y referente a la filiación derivada de la mujer, mismo que a letra dice:

Art. 277.- Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I. Atribuir a un niño recién nacido a la mujer que no sea realmente su madre.

II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado.

III. A los padres que no presenten un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil o que declararon falsamente su fallecimiento, o le presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas.

IV. A los que substituyan a un niño por otro o cometan ocultación de infante, y,

V. Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le correspondan.

Apoyándose además en lo establecido en la Constitución en su artículo 4, que establece: "El varón y la mujer son iguales ante la ley..." Así es, que, si al varón le es permitida la impugnación de su paternidad la ley no la niega a la mujer, con fundamento en los artículos anteriores. Las características de ésta acción según Chávez Asencio son:

1. Se requiere que el hijo tenga la prueba de filiación que se pretende impugnar.

2. La impugnación podrá versar sobre alguno de los dos elementos que integran la maternidad (el parto y la identidad) es decir, en caso de suposición de parto o la sustitución de un niño por otro.

3. A manera de interpretación de la ley, por falta de disposición legal, puede impugnar, la mujer, el marido de la mujer, el tutor en caso de interdicción de la mujer y los herederos, en los mismos casos en que puedan impugnar la legitimidad en relación al padre.

4. Respecto a la caducidad hace referencia a los plazos de prescripción general de las acciones

5. La sentencia dictada como consecuencia de ésta acción producirá un efecto absoluto, como todas las sentencias relativas al estado civil.

Paternidad.- Se considera padre del nacido, aquél individuo que se encuentra casado civilmente con la madre, esta presunción se funda en base a dos elementos:

1. La fidelidad
2. La relación sexual entre los cónyuges

De acuerdo al artículo 324 del Código Civil, la ley presume hijo de los cónyuges a: (la misma presunción se utiliza con los concubinos).

1. Aquéllos que nacen ciento ochenta días después que el matrimonio se hubiera celebrado.
2. Los que nacen dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.

En estos dos casos siempre se habla de hijos legítimos, la prueba de los hijos legítimos ya fue mencionada en el estudio sobre la maternidad y que en resumen son:

1. Acta de nacimiento de hijo y el acta de matrimonio de los padres (Art. 340 del Código Civil), o
2. La demostración de la posesión de estado (Art. 341 del Código Civil). y las circunstancias marcadas en el artículo 343 del Código Civil.

Los hijos también pueden ser legitimados; la legitimación es una forma a través de la cual los hijos nacidos fuera de matrimonio en virtud de matrimonio posterior de sus padres, son tenidos legalmente como hijos de matrimonio (Art. 354 a 359 del Código Civil). La legitimación es una ficción en virtud de la cual se considera que ha nacido de matrimonio a quien ha nacido fuera de él

Para que el hijo goce del derecho de ser tenido como de matrimonio, cuando en realidad no lo es, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciéndose en todo caso el reconocimiento por ambos padres junta o separadamente (Art. 355 del Código Civil). La legitimación tiene efectos retroactivos, ya que los hijos gozan de todos los derechos desde el día en que se celebró el matrimonio de sus padres, aunque el reconocimiento sea posterior.²⁶

Así también, el reconocimiento es un acto personal, en virtud del cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio, declaran conjunta o separadamente, que lo aceptan por suyo; otros autores prefieren decir que es la confesión donde voluntariamente se reconoce a un hijo como propio. También puede existir el reconocimiento forzoso, es decir, que conste en una sentencia judicial, Rafael de Pina nos dice al respecto: "El reconocimiento llamado forzoso no lo es verdaderamente. Tratándose de una declaración judicial que produce los efectos de reconocimiento voluntario."²⁷

El reconocimiento sólo puede hacerlo el padre o la madre o un mandatario con poder especial y con las formalidades que marca la ley en estos casos. Se puede reconocer al hijo no nacido al que ha fallecido si dejó descendientes, al mayor de edad con consentimiento de éste; al menor de edad se puede reconocer, con consentimiento de quien ejerza la patria

²⁶ DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Ed. Porrúa. 7a. ed. 1975. pág. 377

²⁷ Ibid. pág. 354

potestad sobre él o tutela según el caso; la mujer casada puede reconocer sólo si el hijo fue concebido antes de su matrimonio; el marido puede reconocer al hijo concebido antes o durante el matrimonio pero ninguno de los dos puede llevar al hijo a vivir al hogar conyugal sin consentimiento de su cónyuge.

De acuerdo al artículo 369 del Código Civil, el reconocimiento puede constar de la siguiente manera:

- I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;
- II. Por acta especial ante el mismo juez;
- III. Por escritura pública;
- IV. Por testamento;
- V. Por confesión judicial directa y expresa.

Los hijos reconocidos tienen derecho de llevar el apellido, a ser alimentados y a percibir la porción hereditaria de quien los reconozca. La investigación de la paternidad se encuentra limitada a lo marcado por el artículo 382 del Código Civil mismos que son:

- a. En los casos de violación estupro o raptó, siempre y cuando la época de la concepción coincida con la comisión del delito
- b. Si el hijo tiene la posesión de dicho estado en relación con el presunto padre

c. Cuando la concepción del hijo se hubiese dado en el momento en que el hombre y la mujer habitan materialmente bajo el mismo techo.

d. Si el hijo tiene algún principio de prueba contra el que presumiblemente es su padre.

La acción de investigación de la paternidad o maternidad, sólo puede intentarse en vida de los padres. Si los padres hubiesen fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derechos a intentar la acción antes de que cumplan cuatro años de su mayor edad (388 del Código Civil).

Impugnación.- Se denomina impugnación de la paternidad o desconocimiento de la paternidad a la acción que tiene por objeto negar la paternidad sobre un hijo que no es engendrado por él y que posee por ley dicho título. Esta acción de desconocimiento procede en los casos de concepción adulterina, mismos que son:

- a. Cuando se ha ocultado el nacimiento. y
- b. Si se logra acreditar que no hubo relación sexual durante diez meses que anteceden el nacimiento del hijo (Art. 326 del Código Civil)

Rojina Villegas, manifiesta como casos en que se presume la filiación paterna y que admiten prueba en contrario los siguientes:

1. Los hijos nacidos dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, ya no tienen presunción de legitimidad pero son legitimados de pleno derecho en virtud del matrimonio de sus padres, siempre y cuando no ejercite el marido la acción contradictoria de paternidad si el marido (de acuerdo a la doctrina francesa) niega la paternidad será la madre o el hijo a través de su tutor, quienes tengan que demostrar que, aun cuando el nacimiento ocurrió dentro de los ciento ochenta días siguientes al matrimonio, el marido fué el autor del embarazo; generalmente la prueba de relación sexual anterior al matrimonio es suficiente.

2. Para los hijos nacidos después de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, su presunción de legitimidad es casi absoluta pero el marido puede impugnar si demuestra que le fué físicamente imposible tener cópula carnal con su esposa, en los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

3. En el adulterio de la esposa con ocultamiento de hijo.

El artículo 326 del Código Civil expresa "El marido no podrá desconocer a los hijos alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no se que el nacimiento se le haya ocultado o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

De tal manera que si oculta el nacimiento se tendrá por demostrado que los diez meses que precedieron al nacimiento, no tuvo acceso carnal con su esposa, ya que si ésta ocultó el nacimiento es porque está segura que no es de él. Por lo que, el marido puede impugnar la legitimidad sin necesidad de rendir una prueba directa de la imposibilidad de la relación sexual.

4. En cuanto a los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación judicial, en los casos de divorcio o nulidad del matrimonio. Esto es, de acuerdo a la posibilidad de que haya existido cópula carnal entre ellos, a pesar de estar en trámite el juicio de divorcio o nulidad, pero la posibilidad también es relativa ente el hecho de que los consortes están separados en este caso basta que el marido contradiga la legitimidad, sin presentar prueba especial para que sea la madre, o el hijo a través de su tutor, quienes tengan que soportar la carga de la prueba en el juicio, a fin de aportar al juez elementos suficientes de convicción para acreditar que el marido es autor del embarazo.

5. Los hijos nacidos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya sea por muerte del marido, por sentencia definitiva de divorcio o nulidad, de acuerdo al artículo 329 del Código Civil señala: "las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podran promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiacion y éste en relación al artículo 324 del mismo Código, por lo cual cualquiera a quien perjudique la filiación puede intentar la acción

6. Tratándose de los hijos nacidos después de los trescientos días de que se declaró la ausencia del marido. En este supuesto y debido a que la legitimidad solo se funda en la posibilidad real de la cohabitación de las relaciones sexuales, y como el marido está ausente, evidentemente no se cumple con este principio, ya que si bien es cierto que aun existe el matrimonio, se requiere además la posibilidad real de la cópula carnal entre los consortes. De acuerdo al artículo 715 del Código Civil "Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia esté reconocida, deberá probar que esa persona vivía en el tiempo en que era necesario su existencia para adquirir aquél derecho."

De acuerdo al artículo 330 del Código Civil, la acción de contradicción de paternidad deberá deducirse dentro de sesenta días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente; o desde el día en que se descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.

Existe una excepción marcada en el artículo 328 del Código Civil, en la que el padre no puede desconocer al hijo que nace dentro de los ciento ochenta días después de celebrado el matrimonio o si ocurren los siguientes extremos:

1. Si se acredita que conocía el embarazo de su esposa antes de contraer matrimonio, en este supuesto es indispensable contar con un principio de prueba por escrito

2. Si ocurrió a levantar el acta de nacimiento del hijo y además la firmó.

3. Si de manera expresa reconoce al hijo de su mujer y además lo alega suyo.

4. Si el hijo no fué viable de acuerdo con la legislación, un individuo es viable, cuando es desprendido del seno materno y vive durante veinticuatro horas o en su caso, se presenta para su registro estando vivo a la oficina del Registro Civil.

B. CONCEPCIÓN ARTIFICIAL.

1. Fecundación Natural y Fecundación Artificial.

Fecundación Natural.- es la fecundación a través de las relaciones sexuales entre la pareja hombre-mujer, y que biológicamente hablando es simplemente la unión de las células germinales masculina y femenina llamadas gametos, el espermatozoide y el óvulo, para crear una sola célula a partir de la cual se desarrolla un nuevo ser.

Habiendo millones de espermatozoides contenidos en una sola eyaculación, es verdaderamente sorprendente que sólo uno penetre al óvulo y forme un huevo una vez que ha penetrado ocurre un cambio

inmediato en la cubierta del huevo que bloquea la entrada de los otros espermatozoides.

Después de la penetración, la cabeza y la cola del espermatozoide se separan; la cola se desintegra y la cabeza crece en el pronúcleo masculino que contiene la contribución paterna de veintitrés cromosomas. Este se une al pronúcleo femenino que contiene veintitrés cromosomas femeninos en el centro del óvulo.

Los cromosomas forman veintidós pares compatibles de autosomas (cromosomas no sexuales) más el par determinante del sexo del producto (xx o xy), el resultado es un huevo fertilizado que contiene la cuenta completa de cuarenta y seis cromosomas comunes a todas las células del humano. Los cromosomas que se hayan en el núcleo de toda la célula son largos filamentos que constituyen cientos o miles de genes.

Los genes son las partículas elementales de la herencia, están moldeadas juntas inserción directa uno con otro a una hebra de proteína fibrosa. La vida prenatal puede dividirse en tres periodos.

1. El periodo del óvulo.- Comprende el producto de la concepción como el cigoto y el blastocisto y dura una semana de fertilización.

2. El periodo del embrión.- Abarca de la segunda a la octava semana de fertilización; este periodo se caracteriza por la evolución de la placenta el órgano de inserción entre el embrión y la madre y por la aparición en

forma primitiva de las características corporales exteriores y de los órganos principales.

3. El período del feto.- Se extiende desde el tercer mes de gestación hasta el nacimiento, durante el cual los tejidos y órganos continúan su diferenciación y alcanzan la capacidad de ejecutar sus funciones especiales.

El cigoto creado por la fusión del óvulo y el espermatozoide sufre una rápida división mitótica, en donde cada célula recibe cuarenta y seis cromosomas idénticos a los de la célula progenitora. En un proceso de segmentación llamado hendimiento, se forman primero dos células, después cuatro, luego ocho y así sucesivamente, permaneciendo dentro de las membranas exteriores del cigoto. A pesar de su rápido aumento en la cuenta celular, el tamaño global de la masa celular y del volumen de protoplasma queda sin cambio alguno durante el hendimiento. Cuando la división celular ha producido aproximadamente doce células, se denomina mórula. La implantación se completa alrededor del día catorce, una vez completada ésta, la masa de las células internas dentro del producto forman dos capas, el ectodermo y el endodermo, en una forma tal que las dos cavidades adquieran forma simultáneamente. después una tercera, el mesodermo, hace su aparición entre las dos anteriores. Estas tres capas germinales integran el disco embrionario, de donde se desarrollan todos los componentes del feto.

Durante la quinta semana del embarazo, se forma el cordón umbilical a partir del tallo corporal y las membranas extraembrionarias, el cordón umbilical ya desarrollado en su totalidad oscila entre 12.5 y 67 centímetros, con una longitud promedio de cincuenta y un centímetros. El cordón umbilical es la continuación del cuerpo fetal y conecta al feto con la porción fetal de la placenta. La sangre es bombeada por el corazón fetal para que entre y salga de la placenta a través de sus dos arterias y una vena.

Durante el embarazo se cubren varias etapas, fecundación en trompa de falopio; implantación y desarrollo del huevo dentro del útero; nueve meses de embarazo; parto y puerperio. Entonces, diremos que el embarazo, es el periodo que, en la mujer se extiende desde el encuentro de una célula masculina y una célula femenina (fecundación), hasta el nacimiento de un niño capaz de vivir de una manera autónoma (parto).

Fecundación Artificial.- La biología ha empezado ya a transformar un sector vital de la mayor importancia, el proceso por el cual los seres vivos se reproducen.

En estos últimos años, los nuevos métodos tanto anticoncepcionales como concepcionales dentro de los cuales encontramos la inseminación artificial; el almacenamiento prolongado de espermatozoides la fecundación in vitro, y más recientemente la restauración de la fecundidad en ciertos tipos de esterilidad, han sido tema de comentarios generalizados y de algunas controversias. En el caso de los anticonceptivos, tiene

importancia como antagonico sobre el avance de las nuevas técnicas de reproducción.

Los métodos anticonceptivos, cambiaron las pautas de comportamiento social, generalizando más las experiencias sexuales antes del matrimonio por un lado y por otro el control sobre el espaciamiento de los hijos y la responsabilidad de decidir sobre el control de la natalidad. Será interesante ver como las nuevas técnicas de concepción humana podrían cambiar el comportamiento social.

Los nuevos métodos de concepción humana, llamados artificiales son utilizados por ahora, solo para parejas con problemas de esterilidad y están constituidos aquellos, por la inseminación artificial y la fecundación in vitro y la denominada maternidad subrogada entre otras.

La inseminación artificial puede ser intravaginal o intrauterina. La intravaginal consiste en colocar el semen del hombre en la vagina de la mujer y puede dar como resultado la concepción, si el semen está en perfectas condiciones y la mujer no sufre ningún impedimento orgánico o fisiológico, este tipo de inseminación se utiliza en aquellos casos en que el marido es impotente o sufre de eyaculación precoz. La intrauterina consiste en colocar unas gotitas de esperma en el útero, a través del orificio cervical se utiliza cuando una de las causas de esterilidad son vaginales o cervicales por ejemplo, si la vagina contiene una excesiva acidez que mata a los espermatozoides y el hecho de colocarlos en el útero directamente facilitara la fecundación.

La práctica de la inseminación artificial no es nueva, ha sido practicada durante años en los animales, se dice que desde el siglo XIV, las tribus árabes la practicaban en animales equinos, En seres humanos a sido realizada en Estados Unidos desde el principio del siglo XX, se registra que el primer bebé nacido por inseminación artificial vió la luz en éste país en 1973, pero algunos autores afirman que la inseminación artificial ya se había efectuado desde 1889 por el doctor Jules Gauter; en su libro al que denominó "La fecundación artificial y su utilización contra la esterilidad en la mujer" editado en París, donde explica los métodos de fecundación artificial usados por él y por sus predecesores, describe una jeringa de su propia invención para facilitar la introducción del espermatozoides en el útero, pero el marido dice, debía estar presente para evitar falsas sospechas.²⁵ Más aún en el siglo XV Gregorio Marañón en su ensayo histórico sobre "Enrique IV, el impotente de Castilla y su época", narra como unos sabios de oriente pusieron semen del rey en la vagina de su segunda mujer la Reina Juana , hermana de Alfonso V de Portugal, la cual quedó preñada y alumbró una hija conocida con el nombre de Juana la Beltraneja. Hoy la inseminación artificial, es una practica común en muchos países o tal vez deberíamos decir, más común que antes.

La fecundación in vitro, realmente constituye el descubrimiento de este siglo; en 1978 los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards consiguieron la primera fecundación in vitro (en vidrio) con éxito en seres humanos, tomaron por vía abdominal un óvulo de una mujer con problemas

²⁵ BONINI Pete. Como hacer un bebe sin esfuerzo. Barcelona. Ed Plaza & James. S. A. 1986. pag. 142

de esterilidad y lo fecundaron in vitro, con el espermatozoide de su marido e implantaron el óvulo así fecundado en el útero de la madre dando como resultado el nacimiento de una niña que se denominó como "la primera bebé de probeta" llamada Louise Brown.

La técnica consiste en sacar un ovocito del ovario, se coloca en una probeta, se mezcla con el espermatozoide y una vez fecundado el óvulo se implanta el embrión llamado cigoto en el útero para que anide. El ovocito es el folículo maduro pero antes que se desprenda el óvulo, el cual es obtenido por un procedimiento u operación llamada celioscopia o laparoscopia, la cual consiste en que, el médico efectúa una punción debajo del ombligo, en la cual se mete un tubo provisto de una combinación de luces y espejos con el cual observa el interior, precisamente el tubo se llama celioscopio o laparoscopio, junto con el tubo, se mete una aguja que sirve para succionar los ovocitos maduros, una vez obtenidos se colocan en un cultivo combinado con suero materno. Después son colocados en la probeta para que sean fecundados los óvulos y al cabo de 24 o 48 horas, se implanta el embrión en el útero, en un principio se implantan varios embriones previniendo por si alguno no llegara a anidar pero producía embarazos múltiples, por lo cual se implanta un solo embrión y los demás se congelan y se van implantando si el otro falla.

Los embriones, pueden ser implantados en cualquier útero que esté en condiciones de incubar, precisamente esta posibilidad hace que surja la maternidad subrogada, la cual consiste en qué el embrión sea implantado a

otra mujer distinta a la que aporta el óvulo para que éste anide y se desarrolle hasta el alumbramiento en su útero.

En 1984, en Londres, Kim Cotton, madre de alquiler parió para otra mujer que no podía llevar el embarazo debido a problemas uterinos.²⁹

Otro caso, de maternidad subrogada, fué el de Kirsty Steven, inglesa, que fué inseminada en forma natural por un hombre casado, con el consentimiento de su esposo, Kirsty una vez embarazada dió a luz un niño que entregó a la pareja que le había comprado el óvulo y alquilado el útero³⁰, este caso pudiera verse en México como un adulterio tolerado con venta de infante.

La diferencia entre inseminación natural e inseminación artificial es clara, ésta estriba en la exclusión de las relaciones sexuales entre la pareja con la finalidad de concebir.

²⁹ *ibid* pág 150.

³⁰ *idem*.

2. Técnicas de Fecundación Artificial.

a. Inseminación Artificial.

1. Concepto.- La inseminación artificial es la introducción del semen en los órganos genitales femeninos por medio diverso del contacto sexual.³¹

2. Clasificación.- Se clasifica en homóloga y heteróloga. Chávez Asencio para su estudio hace una subclasificación de acuerdo al estado civil de la pareja, es decir, dentro de matrimonio y fuera de matrimonio. Dentro de matrimonio la clasifica en homóloga y heteróloga, y fuera de matrimonio la clasifica en concubinato y después de la muerte.

Dentro de matrimonio:

Homóloga.- Se denomina homóloga cuando la inseminación se realiza con gametos pertenecientes a ambos cónyuges, es decir, con el óvulo de la esposa y el espermatozoide del marido específicamente.

Heteróloga.- Se denomina heteróloga a la inseminación realizada con la aportación de un gameto extraño al matrimonio, es decir, con semen de un donador inseminado artificialmente a la esposa

³¹ Dr. CIO, Alberto. La inseminación Artificial y el Derecho de Familia. Buenos Aires Argentina. Ed. Belgrano 1984 pag 16

Fuera de Matrimonio:

En Concubinato.- Es la inseminación ya sea homóloga o heteróloga fuera de matrimonio.

Después de la Muerte.- Es la inseminación artificial realizada a la viuda, con semen depositado en un banco de semen para su conservación, del marido muerto, el semen incluso puede ser recolectado inmediatamente del deceso por personal especializado y depositado en el banco para su conservación.

3. Problemática en el Establecimiento de la Filiación.- La inseminación homóloga no debiera presentar ninguna dificultad para establecer la filiación legítima, sin embargo la falta de legislación adecuada no la permite, tan fácilmente, admitiendo como prueba para la acción de desconocimiento de la paternidad la imposibilidad física del marido de tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento ochenta días de los trescientos que han precedido al nacimiento (Art. 325 del Código Civil) y la relación sexual en la inseminación artificial no es necesaria, y pudo no efectuarse en los plazos que determina la acción, aún así existe prueba por escrito que el autor del embarazo es el marido.

En la heteróloga antes de pronunciarnos, haremos algunas reflexiones, es de capital importancia reiterar que la filiación es la relación jurídica que se establece entre progenitores y sus descendientes inmediatos (hijos) es pues el punto medular, la relación progenitor-hijo.

La relación progenitor-hijo parte de un hecho biológico que consiste específicamente en que una persona ha sido procreada por otra, por tanto si no ha sido así, no hay relación de filiación; excepción hecha de la civil.

La procreación lleva intrínseca la relación sexual entre los consortes y ésta es la única hipótesis que contempla el Código Civil para el Distrito Federal, y que inspiró al legislador para instituir a la paternidad a través de una presunción (Art. 324 del Código Civil) y que deriva de la cohabitación exclusiva de los cónyuges, así lo confirma el artículo 325 del Código Civil, al establecer la acción de desconocimiento de la paternidad.

¿Cómo debe establecerse la filiación en la inseminación heteróloga? si uno de los gametos no pertenece a los cónyuges, no existe la relación dentro del matrimonio de progenitor-hijo sobre la cual se basa la filiación legítima, si además existe prueba por escrito, de que realmente el hijo nacido de esta inseminación, no es consanguíneo de uno de los cónyuges, aun cuando existe consentimiento expreso, no está suficientemente fundado para que se establezca entre estos, la filiación legítima de acuerdo a lo que previene el Código Civil para el Distrito Federal:

¿Quien dona el gameto, extraño a la pareja para la realización de dicha inseminación, podrá reclamar la filiación? El marido que da su consentimiento y después se arrepiente puede desconocer la paternidad puesto que el hijo no es biológicamente suyo y además tiene prueba de esto

En cuanto a los concubinos, nuestra legislación establece la misma presunción que para el matrimonio, en el establecimiento de la filiación, así que la problemática es la misma que se plantea en el matrimonio.

En la inseminación artificial realizada a la viuda; o denominada postmortem, se realiza gracias a la posibilidad que ofrecen los bancos de semen en los cuales se puede conservar el esperma a 220° centígrados bajo cero, conservando todas sus propiedades fecundantes. De momento no se conoce con certeza la vida del esperma congelado, de modo que teóricamente podría utilizarse al cabo de cientos de años.

Si esta inseminación es practicada, se observa en primer lugar que el matrimonio no subsiste, por tanto no hay filiación legítima, sólo existiría filiación materna, ya que ni siquiera podría llevar el apellido paterno a menos claro, que entrara dentro de los límites que establece la legislación civil (Art. 324 del Código Civil).

Para finalizar, en caso de un error médico en la inseminación artificial, ¿Que responsabilidad tendría el médico? ya que el error implicaría graves problemas, por ejemplo, si se insemina artificialmente a una mujer con semen equivocado, o si el producto presenta malformaciones derivadas de un error médico, a la luz de nuestra legislación queda en entredicho la filiación, existen además conflictos de carácter religioso y moral: sería injusto desconocer a un hijo en tales circunstancias o negarse a darle alimentos.

En Amsterdam, Un matrimonio de raza blanca recurrió a la inseminación artificial por problemas para procrear; la esposa después de ser inseminada y quedar embarazada dió a luz gemelos uno blanco y otro negro, aparentemente por un error de manipulación en el banco de semen, el error consistió en que la pipeta para la inoculación del espermatozoide había sido utilizada dos veces, primero para una pareja de negros y después para una pareja de blancos, evidentemente algún espermatozoide del hombre negro había quedado en la pipeta cuando se recolectó el esperma del hombre blanco.³²

b. Fecundación In Vitro.

1. Concepto.- Es la fecundación artificial extracorpórea, para posteriormente implantar el huevo fecundado en el útero materno.³³

2. Clasificación.- Se clasifica en homóloga y heteróloga.

Homóloga.- Será la realizada con gametos pertenecientes al matrimonio, es decir, el óvulo de la esposa y el esperma del marido y además el útero de la esposa.

³² El Universal Diario de la Ciudad de México 18 de junio de 1995 Sección Aviso Oportuno.

³³ CHAVEZ ASENCIO Manuel F La Familia en el Derecho. Relaciones Paterno Filiales. Ed. Porrúa 2a ed. 1992 pag 25

Heteróloga.- Será la fecundación extracorpórea realizada con elementos o gametos extraños a los cónyuges, ya sea gameto masculino o gameto femenino extraño, o ambos trasplantados en el útero de la esposa.

3. Problemática en el Establecimiento de la Filiación.- Presenta la misma problemática que en la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga, en esta última, la filiación puede ser sustentada legalmente sólo en una de sus partes, ya sea maternidad o paternidad; el otro lazo filial (quien no aporta el gameto), este supuesto en la actualidad es frágil y no está legalmente sustentado en el Código Civil; aún cuando la filiación materna se establezca por el solo hecho del parto, si el óvulo que se implantó no es suyo ¿podría la madre biológica impugnar esa maternidad?

Otro problema distinto al de la filiación, es el que constituye la congelación de embriones. En Londres, miles de embriones humanos fecundados in vitro y conservados desde hace años a 196° bajo cero, en laboratorios británicos, fueron desechados; el problema empieza cuando una pareja con problemas de fertilidad recurre a la fecundación artificial, la clínica suele extraer a la mujer más óvulos de los necesarios, que son todos fecundados por el esperma del hombre.

Los embriones obtenidos, son congelados en nitrógeno líquido para ser utilizados, si el primer intento no da resultado o en previsión de que la misma pareja quiera tener otro hijo, teóricamente los embriones, que son más pequeños que la cabeza de un alfiler, puede vivir en ese estado cientos de años, pero la ley británica, ordena destruirlos al cabo de cinco

a menos que los "padres" pidan su conservación por otro periodo quinquenal, su entrega a la investigación médica o su cesión a otra pareja : la ejecución de estos embriones se lleva a cabo arrojándolos en alcohol.

En México, ya es practicada la inseminación in vitro, lo cual ha desatado la discusión sobre la protección que la ley da a estos embriones, específicamente a saber si su desecho en México es legal.

c. Maternidad subrogada.

1. Concepto. - Lo definen como el "contrato" (aunque está a discusión), por el cual una pareja (aun cuando puede darse el caso que sea una sola persona), "contrata" con una mujer para que a ésta se le implante un embrión humano en la matriz, para su desarrollo hasta su nacimiento, de modo que posteriormente lo entregue a la pareja ³⁴

Este concepto que Chávez Asencio, nos da de maternidad subrogada obedece a lo señalado por los diferentes autores, que han escrito sobre este tema, muchos de ellos extranjeros, sin embargo de acuerdo a nuestra legislación, el supuesto contrato está en tela de juicio, por inexistencia. Este "contrato" consiste en que una mujer se compromete a llevar un embarazo por otra persona, entregando, posteriormente del nacimiento al niño producto de esta inseminación a quien la "contrato". Analizaremos mas ampliamente esta cuestión en el Capitulo siguiente

³⁴ ibid pag 56

2. Problemática en el Establecimiento de la Filiación.- De acuerdo al artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, la filiación materna se acredita con el sólo hecho del nacimiento, Surge entonces la problemática de establecer en favor de la madre que aporta el óvulo, la filiación de su hijo genético, puesto que debido a las nuevas técnicas de reproducción artificial ya no es sostenible que la relación materno-filial se determine por el parto, ya que la mujer que presta su útero no tiene por razones obvias ese lazo progenitor-hijo, medular en cuestiones sobre filiación, en cuyo caso el Derecho debe ser adecuado ya que plantea soluciones a la postre injustas como absurdas, para la madre y el hijo, porque equivaldría a transferir la "filiación" a la pareja que proveyó el "material" genético. En efecto, ¿como se puede transferir la filiación a otra mujer o, a otra pareja?, si la madre subrogada además de "rentar o "prestar" su útero, aporta o dona su óvulo, ¿será el supuesto contrato suficiente para justificar , la entrega del niño a otra pareja, ya que como aporta carga genética es madre biológica y gestante del niño? ; sin mencionar que esté supuesto, de acuerdo al artículo 1830 del Código Civil, ésta en contra del orden público y la moral.

En la Legislación Sanitaria, específicamente, el La Ley General de Salud y en su Reglamento en materia de Investigación para la Salud existen normas sobre fecundación asistida, que contradicen al Código Civil en materia de filiación ya que el mencionado Código aun no preve como posible la reproducción humana, aplicando técnicas artificiales principalmente heterólogas fecundación posmortem y maternidad

subrogada, colocando a los hijos producto de estas técnicas sin legislación adecuada en materia civil, para establecer su filiación.

CAPITULO III

ASPECTOS JURÍDICOS Y SOCIOLOGICOS DE LA CONCEPCIÓN ARTIFICIAL.

A. ÉTICO Y MORAL.

La familia, es un organismo social que regula el Derecho, esta regulación esta basada en cuestiones éticas y morales, pero también las ideas religiosas influyen ampliamente sobre la familia, La regulación jurídica que pesa sobre ésta, se nutre en parte de estas vertientes, que son generalmente principios rectores de la familia.

La realidad humana es causa constante de nuevos avances y hechos, que, al margen de estar normados o no, existen, estos hechos o conductas por su trascendencia social, tienden a movilizar y dinamizar el sistema normativo para la creación o agregación de nuevas regulaciones, que deben dirigirse al bien común, ya que de no ser así, el Derecho no tendría razón de ser, como normativo de conductas humanas.

Los hechos o conductas que debe regular hoy en Derecho son los procedimientos artificiales para la reproducción humana que son cuestionados por la moral, ya que estas técnicas han modificado un

concepto tradicional, se ha logrado separar el procedimiento sexual del procreacional. Se puede utilizar anticonceptivos, para evitar el embarazo en la práctica de relaciones sexuales y también se puede emplear técnicas artificiales para lograr la concepción sin que tenga lugar el acto sexual.

La Congregación para la Doctrina de la Fe, publicó en 1987, con la aprobación del Papa Juan Pablo II, una Instrucción sobre "El Respeto de la vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación, como respuesta de la moral católica a dichas técnicas, que intervienen en el proceso procreativo humano.

El Padre Francisco Ugarte Corcuera, Licenciado en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestría en Filosofía por la misma Universidad y Doctorado en Filosofía en Roma, publica un resumen de diversos documentos eclesiológicos, entre los cuales están: "La Encíclica *Humanae Vitae*", su desarrollo amplio en la "Exhortación Apostólica *Familiaris Consortio*" y "La Instrucción sobre el Respeto a la Vida Humana Naciente y la Dignidad de la Procreación", "La Encíclica *Casti Connubii*" y "La Comunicación de la Santa Sede a la Conferencia de la Organización Mundial de la Salud"; en su libro *Planificación Familiar. Ética y Valores*: la cual tomaremos como respuesta de la iglesia a diversos temas familiares entre los cuales se encuentra el desarrollo de la Biogenia y la Tecnogenética, proyectados hacia la procreación artificial y el cual resumimos en lo siguiente:

Por procreación artificial o fecundación artificial entiende como los diversos procedimientos técnicos encaminados, a lograr la concepción de un ser humano por vía diversa a la unión sexual del varón con la mujer. Básicamente, habla sobre las siguientes técnicas: fecundación del óvulo en probeta (in vitro); la inseminación artificial mediante transferencia a las vías genitales de la mujer del esperma previamente recogido.

La fecundación in vitro, seguida de la "embryo transfer" o transferencia del embrión a vías genitales femeninas (FIVET), implica el hecho de la muerte de embriones humanos en tres fases distintas; en los primeros momentos del embrión; cuando se transfiere, pero no llega a implantar en el útero de la mujer; y, cuando es deliberadamente abortado por el equipo médico por haber sido producido con malformaciones, más aún es habitual fecundar varios embriones simultáneamente y "trabajar" con ellos para escoger el más viable, desechando los demás en distintas fases del proceso. La vida humana no puede ser objeto de experimentación, este principio moral se extiende a toda la vida humana inocente, a partir del mismo instante en que comienza.

En el caso de la fecundación in vitro, seguido de la FIVET la aniquilación de vidas humanas adquiere proporciones sumamente elevadas, lo cual aumenta su grado de inmoralidad en la misma proporción. Tanto la FIVET como la inseminación artificial heteróloga y en algunos casos la homóloga, rompe con la unidad entre los aspectos del acto conyugal, el unitivo y el procreativo, al pretender la concepción sin unión. El fenómeno de la ruptura es inverso al de la contracepción: unión sin

procreación, "se ha pasado del sexo sin hijos a los hijos sin sexo" e ilícito desde el punto de vista moral por la misma razón: "en el acto conyugal no es lícito separar artificialmente el significado unitivo del significado procreativo, porque uno y otro pertenecen a la verdad íntima del acto conyugal, uno se realiza juntamente con el otro y en cierto sentido el uno a través del otro" (Juan Pablo II, alocución, 22-VIII-84).

La fecundación artificial heteróloga es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos de ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio (Pío XII, discurso, 29-IX-1949); cfr. Instrucción II, 2). Por esta razón es también ilícito; sólo la inseminación artificial homóloga puede ser moralmente lícita.

En lo referente a la "madre sustituta" o "madre de alquiler", se entiende como a la mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obteniendo mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después del nacimiento a quien a encargado o contratado la gestación; o la mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio fecundado mediante inseminación con el esperma de un hombre diverso a su marido con el compromiso de entregar a su hijo después de nacer, a quien a encargado la gestación. será igualmente ilícito y reprobada por la moral católica, ya que es contraria a la dignidad de la procreación de la persona

el hijo tiene derecho a ser gestado, traído al mundo y educado por sus propios padres (Instrucción II, 3).

Lo anterior es referente a la religión católica, aún, predominante en nuestro país, en cuanto a la Doctrina, los diferentes autores de corriente moralista, plantean diversas cuestiones éticas, por ejemplo: ¿si un niño procreado con espermia de donante, tendría derecho a conocer su origen genético?³⁵ y específicamente por razones de tipo médico, también, preguntarse ¿ si un ser humano tiene derecho a conocer su origen genético o esté derecho es superado por el que tiene el donante de conservar el secreto de su donación?.

La técnica *in vitro* lleva implícita, la fecundación de varios óvulos, los cuales no todos son utilizados para su transferencia al útero, muchos son congelados hasta su utilización o destrucción, debido a esto, aquellos autores como Rojina Villegas y Novillo Saravia entre otros, que consideran como persona a los embriones, aún fuera del claustro materno, puesto que afirman, que implica ya la existencia de una vida humana. apoyándose en el último párrafo del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal "pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tendrá por nacido para los efectos declarados en el presente Código" y también la capacidad de goce que se atribuye aún antes de la existencia orgánica independiente. quedando la capacidad

³⁵ NOVILLO SARAVIA, Lisardo. Procreación Asistida. Anales del cincuentenario Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República de Argentina. 1990. Tomo XLIX, pag. 201.

destruida sino nace vivo y viable. Rojina Villegas sostiene que el embrión humano tiene personalidad antes de nacer, para ciertas consecuencias de derecho, de donde resultaría que, de aceptar la tesis de la personalidad del embrión humano, esta técnica sería incompatible con la dignidad del ser humano.³⁶

En contraposición con los autores que piensan que solo se puede denominar persona desde el nacimiento, entre ellos, José Maldonado y Fernández de Torco, que niega la personalidad del concebido, estableciendo que, el beneficio de que al concebido se le tenga por nacido para aquello que le favorezca, no quiere decir, ni lo dice, que debe considerársele ya como persona, y aún menos si tenemos en cuenta que este beneficio sólo se le concede en el caso de que viable. Por otra parte la doctrina discute también "el derecho al niño", entendido como el derecho de toda persona a procrear, utilizando para ello de manera legal, cualquier técnica o práctica que lo conduzca al logro del objetivo; y, por otra parte, "el derecho del embrión, refiriéndose a este como susceptible de toda la protección legal y moral."³⁷ Será tarea legislativa, buscar el equilibrio entre estos dos derechos, utilizando las más estrictas medidas éticas y morales a fin de conservar el bienestar común.

La inseminación artificial heteróloga, opinan algunos autores, introduce en la familia un elemento extraño, lo que implica adulteración del:

³⁶ NOVILLO SÁRAVIA, Lisardo. Ob. Cit. pág. 203

³⁷ GARCÍA MENDIETA, Carmen. La Filación: Problemas Jurídicos Actuales. Anuario Jurídico. T. XIII, 1986 Primer Congreso interdisciplinario sobre la familia mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U. N. A. M.

medio familiar y que deberá equipararse al adulterio, es un fraude que no puede ser legalmente protegido, es un engaño que afecta, en primer lugar al hijo, al que se le atribuye una filiación legal que no le corresponde a su filiación biológica.³⁹

En lo que parece haber acuerdo en cuanto a opiniones, es sobre la inseminación artificial homóloga entre los cónyuges, recibe la aceptación de casi todos los autores como recurso terapéutico para subsanar la esterilidad de los cónyuges.

La maternidad subrogada, es la que presenta la menos aceptación dentro de los autores de corriente moralista, por la profunda problemática en el establecimiento de la filiación, por la naturaleza del convenio y porque a veces implica la entrega de un hijo biológico y la posibilidad abierta de convertirse en un negocio de vientres mercenarios.

No podemos dejar de mencionar antes de terminar con el estudio moral y ético, con aquella posibilidad que abre este tipo de procreación, al poder introducir una política eugenésica cada vez más estricta, una selección a capricho de manipuladores genéticos. Para una selección genética justa, se necesitan más conocimientos de los que actualmente poseemos, ya que la suposición de muchas personas, de la superioridad biológica, está ligada al color de la piel, a las creencias religiosas a la situación social o al éxito en los negocios. así pues, no estaría fundada como práctica y sería nefasta como aplicación.

³⁹ NOVILLO SARAIVA. Lisardo. Ob. Cit. pag. 206

B. PSICOLÓGICO.

Este punto será comentado, gracias a la entrevista hecha al Supervisor Paramédico en Areas Normativas de D.I.F., el Psicólogo Miguel Díaz Rubio; en sus observaciones nos permitirá tener una perspectiva de este tema, así el profesional opina:

Tradicionalmente a la mujer y hombre mexicanos se les ha considerado como gente muy fértil, ya que hasta no hace mucho tiempo, cada mujer había tenido más de seis embarazos y un alto porcentaje han sido satisfactorios y carentes de problemas. También se ha podido observar, que mujeres procedentes de áreas no urbanas (campo), se embarazan en condiciones verdaderamente traumáticas; rechazadas de sus familias, de su lugar de origen, abandonadas por su pareja, violación, raptó, seducción, engaño, etc. Como ya mencionábamos y, a pesar de lo anterior, existe la ausencia de trastornos durante el embarazo y la lactancia. El mundo mexicano tiene una doble moral sexual y características contrastadas en los papeles que recíprocamente juegan el hombre y la mujer. el varón es dueño de prerrogativas, usa sin restricciones el dinero se le permite placeres que niega a la mujer, detenta poder y recursos. El padre es temido, frecuentemente ausente, tanto como presencia real como en su carácter de compañía emocional. Por el contrario, la mujer tiene que satisfacer sus necesidades en oficios poco calificados como el servicio doméstico o pequeños comercios.

Las pautas de comportamiento se aprenden temporalmente; el hombre y la mujer aprenden su manera de ser, desde niños; los troqueles en los que la niña vive, le brindan desde muy pequeña la aceptación del rol maternal; observa una madre desorbitadamente fecunda; tempranamente se le asignan tareas en el cuidado de los hermanos. En el aspecto educativo, se refuerza la relación de la madre con el hijo; el padre casi no participa en problemas educativos, de crecimiento y de formación de sus hijos, pudiendo asegurar que por definición, es ausente de la familia. Hemos vivido una cultura en la que lo fundamental ha sido la relación con la madre; por lo anterior, lo que caracteriza a la familia mexicana es el exceso de la madre y la ausencia del padre.

Pero actualmente y, a pesar de esta carga psicológica de educación, en la cultura mexicana, hasta hace poco, los trastornos de fertilidad han influido en la salud de los futuros padres, quienes al dar por hecho los aspectos y costumbres planteados anteriormente, dejan de reconocer que actualmente y por causas diversas (médicas y psicológicas, principalmente), presentan problemas para la procreación.

La fecundación ocurre cuando un espermatozoide sano penetra en el óvulo maduro; pero existen muchas relaciones sexuales realizadas sin ninguna medida anticonceptiva, que no dan resultado, lo cual ha traído como consecuencia que se estudien las anomalías anatómicas y psicológicas causantes de la infertilidad. Al no poder procrear, la pareja se ve obligada a hacer cambios importantes en el aspecto biopsicosocial, ya que aunque la esterilidad no esté penada socialmente, cuando una pareja

desea al hijo que no viene, la esterilidad es el mayor mal que se tiene que soportar. La mayoría de las parejas que no pueden procrear, están enteradas de lo que esto significa para lograr una adecuada autoestima y al no lograrlo se presenta una serie de alteraciones emocionales importantes que dificultan el éxito. Mencionaremos las causas más importantes que se presentan en la esterilidad femenina:

1. Causas mecánicas: el espermatozoide no puede ponerse en contacto con el óvulo, por malformación en los órganos genitales.

2. Causas infecciosas, como la tuberculosis y las infecciones de transmisión sexual.

3. Alteraciones del moco servical, el cual se inflama impidiendo con esto el paso de los espermatozoides.

4. Causas inmunitarias, existen a la altura del cuello uterino anticuerpos que inmovilizan a los espermatozoides.

5. Causas hormonales, que se determinan mediante análisis clínicos, no debemos olvidar que la insuficiencia tiroidea y la diabetes, pueden provocar la esterilidad por anovulación; lo mismo puede decirse de otras causas hormonales, cuyo origen es de tipo psíquico; por ejemplo . Un shock emocional, cuadros frecuentes de depresión, stress, fragilidad afectiva y los trastornos en la personalidad.

Las causas de esterilidad masculina también son múltiples y variadas; pero debido a una concepción machista de la sociedad, no se estudian éstas; la estéril era siempre la mujer. Actualmente, al presentarse un caso de esterilidad en una pareja, los médicos piden pruebas diagnósticas, tanto al hombre como a la mujer. Las causas más frecuentes, son las siguientes:

1. Insuficiente espermatogenesis, originada cuando los testículos no bajan al escroto, sino que permanecen escondidos en el bajo vientre; cuando afecta a los dos testículos, la esterilidad es definitiva.

2. Mala calidad del semen, por alteración en las vesículas seminales o la próstata o por insuficiencia en la secreción de testosterona.

3. Obstáculos para la salida de los espermatozoides, por la alteración en el conducto del epidimio, en el deferente o en el eyaculador.

4. Anomalías en la eyaculación, en algunos hombres el semen en lugar de salir hacia afuera es expulsado a la vejiga.

Por el avance científico y el tecnológico, en la actualidad se facilitan una diversidad de técnicas que permiten a las parejas con problemas de esterilidad, procrear de diferentes formas, entre las cuales se encuentra la fecundación in vitro, en la que los embriones pueden ser implantados en cualquier útero que esté en condiciones de incubar. A la fecundación que se efectúa con el espermatozoides del marido se le llama homóloga y en la que se requiere espermatozoides de un donante, se le llama heteróloga y por ética

cuando se efectúa la fecundación, debe estar presente el marido para evitar falsas sospechas, ya que éstas alternativas artificiales, sin duda, dejan huella psicológica que se cargan toda la vida, aunque se cuenta con el apoyo profesional necesario. El donante es conocido por los profesionales encargados del banco de semen, pero ignorado por la pareja que va a ser fecundada, teóricamente podría tomarse el semen y los óvulos de una pareja que vive hoy, guardar los embriones en el refrigerador e implantarlos en el útero de una mujer que viva dentro de cien años; por ejemplo, el avance tecnológico genético permite esto y también que una señora tenga un hijo con semen de un donante, con óvulo de donante y con el útero ajeno.

Todo lo anterior se puede hacer científicamente, pero ¿Psicológicamente, estaremos preparados para esto?, consideramos que no y menos en estos casos, porque existe el sentimiento de inferioridad que surge cuando cultivamos la idea de que somos menos capaces o valiosos que los demás; minimizamos lo positivo que tenemos y exageramos nuestros errores y diferencias, devaluando con esto nuestra autoestima

Se debe considerar, además la importancia de legislar para evitar que algo tan importante como la maternidad artificial, termine convirtiéndose en un negocio, que por falta de leyes claras se salga de control, ya que algunas mujeres por determinada cantidad de dinero, alquilan su útero a mujeres infértiles; las cuales, por su desesperación, permiten que abusen de ellas económica y emocionalmente. Al permitir que una mujer se embarace por medio de la fecundación in vitro, se tendría que ver que las

condiciones de la pareja fueran verdadera necesidad para utilizar estos métodos, bajo estricto control médico y psicológico: lo anterior, por experiencias habidas en el pasado, en las cuales se evidencia el abuso.

No debemos olvidar la importancia de los aspectos éticos, religiosos, legales, sociales, médicos y psicológicos, ya que el nuevo individuo se va a ver inmerso en una sociedad en la que debe competir psicológicamente como cualquier otro. Atendiendo la problemática psicológica y médica planteadas con anterioridad, surge la necesidad de legislar con seriedad sobre la fecundación in vitro, ya que lo conocido actualmente pone en peligro la utilización seria de estas técnicas que finalmente involucran las diferentes esferas del conocimiento, pero esencialmente lo psicológico.

Por lo cual podemos plantear las exigencias de la vida moderna en sociedades tan complejas, tendríamos que hacer un perfil psicológico que nos diera a conocer las cualidades afectivas de los futuros padres y los motivos de su deseo de procreación. Huelga decir, que este examen debe hacerse para ser válido por un equipo especializado (psiquiatría, psicólogo, abogado, trabajador social), vinculando a la familia; esto permitiría apreciar la validez del deseo de procrear con esta técnica, la unidad de la pareja, su capacidad educativa y hasta una posible forma de relación entre el hijo nacido en estas condiciones y sus padres, para evitar con este estudio al probable "hijo distracción", "hijo salvavidas", y porque no decirlo "hijo modelo", por lo de la manipulación genética

En la mayoría de los casos, se trata de matrimonios estériles y su motivación suele equivaler al deseo moral de tener hijos; sin embargo, no podemos asegurar que en la relación padres hijos, no vaya a existir una relación hostil, ya que la experiencia nos dice que hasta en hijos nacidos normalmente, existen hostilidades en dicha relación. También es útil saber, cuál es el concepto que tienen los padres sobre los valores morales, para asegurarnos de que podrán decirle al niño que ha sido procreado de esta forma y responder a las preguntas del niño honestamente.

C. SOCIAL.

Comenzaremos con un principio sociológico, en el cual se presupone que los cambios sociales producen reacciones, desorganización y reorganización; la familia y las relaciones familiares, forman parte de la estructura social; tan es así, que es llamada la base o la célula de la sociedad. Cada aspecto o elemento social está interrelacionado con todos los demás y por tanto, los cambios que pudieran ocurrir dentro de la familia, darían origen a una desorganización social muy amplia.

La familia es una institución que se encuentra en todas las sociedades humanas, cualquier transformación que pudiera afectarla, transforma a toda la sociedad, Se habla ya en México de una decadencia de la familia y hasta de una desinstitucionalización de esta, debido a múltiples rupturas sexuales, sociales y en todas las formas de transformación del capital económico, social, cultural, simbólico, se dice: "... ya casi no se transmite

nada a los hijos, ni la fortuna ni el oficio, ni las creencias, ni los saberes..." , las mayores rupturas abundan en el campo de las experiencias amorosas, con la contracepción, la procreación artificial, el sida, etc.³⁹

La realidad, es que la gente aún está ligada al mantenimiento de la familia y ésta continua siendo una fuente importante de recompensas emocionales y de seguridad; también es cierto que estamos viviendo cambios dentro de las relaciones familiares, ocasionadas por descubrimientos científicos. Estos engendran un cambio social: "La ciencia en muchos aspectos ejerce en la producción de cambios socio-culturales, una influencia parecida a la filosofía; crea nuevas actividades espirituales, las cuales producen efectos en las actividades básicas ante la vida en los idiosyncráticos sociales y jurídicos, en la mentalidad crítica".⁴⁰

Como descubrimientos o avances científicos encontramos a las técnicas de reproducción artificial, que se han convertido en un fenómeno social mundial, que ha determinado el dictado de leyes en muchos países, tanto en Europa como en América. Nuestra legislación no trata adecuadamente estas técnicas, no menciona límites específicos ni establece sanciones adecuadas. "El silencio legal trae aparejado en primer término, el descontrol de medidas de seguridad, que deben ser imprescindibles en las experiencias genéticas porque, no obstante el vacío

³⁹ Nuevo Siglo. Revista editada por el Universal, Diario de la Ciudad de México. Núm. 233, año 8, 11 de agosto de 1996, pag. 12.

⁴⁰ RECASENS SICHES, Luis. Spéciologia, Ed. Porrua 15a. ed., 1977, pag. 263.

del ordenamiento jurídico sobre estos temas específicos sabemos como dato de la realidad que estas prácticas se realizan".⁴¹

Estas técnicas de reproducción artificial, tienen implicaciones profundas, pues su utilización descontrolada puede afectar seriamente la estructura familiar, ya que puede presentar diversos problemas sociales; por ejemplo:

- Si la identidad del donante en inseminaciones se conserva secreta, no es posible determinar una consanguinidad estrecha en la descendencia en determinado momento.

- La mayor parte de las parejas, guarda en secreto su inseminación artificial, lo cual no permite tener conocimiento acerca de las posibles relaciones familiares, entre la descendencia.

- No se llevan registros generales de los embarazos por donante, por tanto, no permite llevar un registro del número de niños que el donante a procreado, lo cual representa peligros de consanguinidad.

Uno de los deberes primordiales del cuerpo social es evidentemente, garantizar cuanto sea posible, la salud de todos sus miembros; esto demuestra la necesidad de legislación, sin que implique que todas las técnicas de reproducción artificial humana deban ser admitidas y

⁴¹ DE ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela Nora Messine. La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1988, pag. 141.

legitimadas en todos sus casos. Hoy día, una adecuada legislación sobre este tipo de procreación constituye una demanda social

En 1982, Inglaterra crea una Comisión a cargo de Mary Warnock, a fin de examinar las consecuencias sociales, éticas y jurídicas de la procreación artificial, cuya investigación duró dos años, en 1984 se entregó una serie de recomendaciones producto de ésta, que recogieron la opinión de un gran número de instituciones, organismos, asociaciones científicas y religiosas, así como jurídicas inglesas, que contenían también conceptos como inseminación artificial in vivo e in vitro, en todas sus modalidades; las madres de alquiler y la investigación biotecnológica, aun cuando la investigación se limitó a Inglaterra y tomando en cuenta que cada país ofrece un nivel de desarrollo diferente, así como tradiciones culturales, morales y jurídicas diversas, algunas de las recomendaciones tienen carácter universal.

Este informe consta de una lista completa de recomendaciones divididas en distintos apartados y por considerarlas una aportación valiosa, se transcriben algunas de éstas.⁴²

A. Permiso Obligatorio. Funciones de Autoridad Competente

La Comisión recomienda que

⁴² BOLLIN Pere Ob. Cit. pag. 185

1. Se cree por ley un órgano encargado de dar las autorizaciones tanto para la investigación, como para los servicios médicos en materia de esterilidad que deben estar sometidos a control.

2. Quede asegurada en el seno de este órgano la participación importante de no especialistas, debiendo ser confiada la presidencia a alguien no especialista.

3. Todos los médicos que ofrezcan los servicios cuya autorización se requiera y todos los locales utilizados en prestaciones de este tipo, deben ser aprobados por la autoridad competente, incluidos aquellos que se dediquen al suministro de esperma fresco, así como los bancos que almacenen óvulos, esperma y embriones congelados.

4. Se permita que las parejas estériles que necesiten la inseminación artificial con esperma de donante (IAD), recurrir a esta técnica, siempre que obtengan la autorización correspondiente. La prestación de servicios de este tipo sin permiso debe constituir un delito.

5. Pueda obtenerse la fecundación in vitro (FIV) con la misma autorización e inspección requerida para la IAD

6. Se acepte la donación de óvulos como técnica reconocida para el tratamiento de la esterilidad con la misma autorización requerida para la IAD y la FIV

7. Se acepte la donación de embriones que implique la donación de esperma y de óvulos puestos en contacto *in vitro* para el tratamiento de la esterilidad, con la misma autorización requerida para la IAD, la FIV y la donación de óvulos.

8. No se utilice la técnica de "lavado" en su estado actual para la donación de embriones.

9. No se usen óvulos congelados hasta que la investigación demuestre que no implica un riesgo inaceptable. La autoridad competente deberá seguir la evolución en este campo.

10. La utilización clínica de embriones congelados esté sometida a la supervisión de la autoridad competente.

11. La investigación sobre embriones humanos obtenidos *in vitro*, debe estar sometida a la autorización.

12. Ningún embrión humano resultante de una fecundación *in vitro* sea mantenido en vida más allá del décimo cuarto día después de la fecundación si no es implantado en una mujer. No puede ser utilizado para la investigación a partir de los catorce días. Este plazo de catorce días no incluye un período eventual de congelación.

13. La utilización de embriones restantes, no implantados, debe estar sometida a autorización.

14. No debe investigarse sobre los embriones restantes sin tener el consentimiento de la pareja que dio origen al embrión.

15. Se requiere autorización para fecundar especies diferentes dentro del programa para la investigación de la esterilidad o diagnosticar la infrafecundidad. Esta operación sólo debe ser permitida a condición de que el híbrido resultante sea destruido en el estadio de división en dos células.

16. El órgano habilitado para conceder los permisos, reflexione sobre la conveniencia de seguir a los niños nacidos por las nuevas técnicas, incluida la necesidad de tener un registro central de estos nacimientos.

17. No se permita la venta o compra de gametos o embriones humanos, sin el consentimiento de la autoridad competente y bajo las condiciones que ésta prescriba.

B. Principios Rectores de estos Servicios.

La Comisión recomienda que:

18. Toda tercera persona que dé gametos destinados a un tratamiento de esterilidad, sea desconocida de la pareja receptora antes, durante y después del tratamiento, y desconozca a la pareja beneficiaria de la donación

19. Se ponga a disposición de las parejas estériles y de los donantes, en todos los estadios del tratamiento, un servicio de información como parte integrante de las prestaciones, tanto del servicio nacional de salud como del sector privado.

20. En las formas más especializadas de tratamiento de esterilidad, se obtenga el consentimiento escrito de la pareja de ser posible antes de iniciar el tratamiento. Este consentimiento debe ir en formulario apropiado.

21. Se obtenga el consentimiento formal por escrito, de una pareja antes de someterla a inseminación artificial por donante. El formulario que se use en este caso deberá ser bien explicado a los afectados.

22. De momento se limite a diez el número de niños engendrados por donante.

23. Los médicos que rehusen practicar el tratamiento, expliquen claramente sus razones a los pacientes que acuden a su consulta.

24. Se establezca una lista centralizada por el servicio nacional de salud que sirva para controlar los donantes y el número de niños engendrados por cada uno de ellos.

25. Se pase progresivamente a un sistema de compensar únicamente los gastos (por desplazamiento o pérdida de trabajo) a los donantes

26. Se limite a diez los niños nacidos por óvulo de un donante

27. Se proponga ampliamente el recurso o gametos y embriones de donante a las personas con riesgo de transmitir anomalías hereditarias.

28. Todos los sistemas de selección de sexo estén sometidos al control, que la ley prevé para los medicamentos a fin de asegurar la eficacia, la inocuidad y la aceptabilidad de los productos.

29. Se siga utilizando el espermatozoides congelado para la inseminación artificial.

30. Cada cinco años se realice automáticamente un balance de los depósitos de espermatozoides y de óvulos.

31. Se limite el almacenamiento de embriones a un periodo de diez años, después de los cuales el organismo depositario adquiera el derecho de usarlos a disponer de ellos de manera general.

32. Cuando muera el miembro de la pareja que ha depositado el embrión, el derecho de disponer de él revierta al superviviente. Si mueren los dos miembros de la pareja, el derecho debe ser del organismo depositario.

33. Cuando no haya acuerdo en el seno de la pareja, el organismo depositario sea quien decida sobre la suerte de un embrión igual que si hubiese expirado el plazo de diez años.

C. Servicios a Organizar.

La Comisión recomienda:

34. Se concedan créditos para recabar datos estadísticos adecuados sobre la esterilidad y sobre los servicios existentes en el campo.

35. Las autoridades sanitarias hagan individualmente balance de los medios disponibles para el diagnóstico y tratamiento de la esterilidad y procuren crear, con independencia de la ginecología corriente una clínica especializada que trabaje estrechamente con equipos de especialistas, incluidos los servicios de el consultorio de genética, tanto de ámbito regional como supraregional.

36. Cuando no se pueda disponer de una clínica separada, los pacientes por esterilidad sean tratados separadamente de otro tipo de pacientes en los servicios ginecólogos.

37. Se cree para todo el ámbito nacional un grupo de trabajo compuesto de servicios centrales, de autoridades sanitarias y de personal que se ocupe de la esterilidad, con el fin de establecer una guía detallada de la organización de los servicios.

38. En los planes estratégicos de las autoridades sanitarias se proyecte crear servicios especializados en esterilidad

39. Se continúe practicando la fecundación in vitro dentro del servicio nacional de la salud.

40. Se estudie la mejor manera de organizar un servicio de la fecundación in vitro dentro del servicio nacional de salud.

D. Límites Impuestos por la Ley a la Investigación .

La Comisión recomienda:

41. El embrión de la especie humana sea protegido por la ley.

42. Todo uso no autorizado de un embrión obtenido in vitro constituya una infracción penal.

43. La legislación disponga que se puedan hacer investigaciones sobre un embrión resultante de una fecundación in vitro, sea cual fuere su procedencia, hasta un período de catorce días después de la fecundación, pero con la reserva de otras restricciones que pueda imponer la autoridad competente en materia de permisos.

44. A partir de esos catorce días, constituya una infracción penal la manipulación o el uso como objeto de investigación de todo embrión humano vivo obtenido por la fecundación in vitro.

45. No se implante en el organismo de una mujer ningún embrión que haya sido objeto de investigaciones.

46. Constituya una infracción penal todo recurso no autorizado a la fecundación entre especies con implicación de gametos humanos.

47. Constituya una infracción penal la implantación de un embrión humano en el útero de otra especie para la gestación.

48. La autoridad responsable, cuya creación se propone, promulgue directrices sobre los tipos de investigaciones que, con la independencia de los que la ley prohíba, no sean susceptibles de ser considerados moralmente aceptables.

49. Constituya una infracción penal la venta o la adquisición no autorizada de gametos o embriones humanos.

"En la configuración y regulación moral, religiosa, social y jurídica de la familia, intervienen consideraciones sobre la moralidad de los individuos, sobre los intereses materiales y espirituales de los niños, y sobre la buena constitución y el buen funcionamiento de la sociedad. La sociedad será como sean las familias".⁴³

⁴³ RECASENS SICHES Luis. Ob. Cit. pág. 466

D. JURÍDICO.

1. Filiación: Reflexiones Jurídicas.

En nuestra legislación, las técnicas de concepción artificial se encuentran escuetamente reguladas en la legislación sanitaria y está denominada como fertilización asistida, comprende tanto a la inseminación artificial homóloga como heteróloga y a la fecundación in vitro, (Art. 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de la Investigación para la Salud).

Actualmente, se pueden aplicar las siguientes técnicas de concepción artificial: fertilización in vitro; transferencia de embriones (ET); transferencia intratubaria de gametos (GIFT); transferencia intratubaria de cigotos (ZIFT); transferencia intratubaria de embriones (TET); transferencia intratubaria de gametos (GIUT); transferencia intraperitoneal de gametos (GIPT); inseminación intrafollicular; inseminación intraperitoneal directa; inseminación intrauterina.

Los procedimientos o técnicas de procreación artificial son múltiples, pero en lo fundamental pueden sintetizarse en dos técnicas básicas, la inseminación artificial y la fecundación in vitro, reconociendo en una y en otra dos modalidades según sea el elemento fecundante (homóloga o heteróloga) y como consecuencia de ambas se dan las variantes de maternidad subrogada y la fecundación post-mortem.

El artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, señala: "La investigación sobre la fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que nos se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el del investigador".

Aun cuando el mencionado artículo, limite la fecundación asistida a problemas de esterilidad, la realidad podría rebasarlo involucrando a personas fértiles; por ejemplo, en maternidad subrogada, ya que el embrión pudiera ser insertado en una mujer fértil sólo para su gestación, y aquellas mujeres solteras que desean ser inseminadas artificialmente, para no comprometerse con otra persona pueden recurrir a banco de semen sin ser propiamente estériles.

El artículo 466 de la Ley General de Salud señala: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con el 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".

Si analizamos a contrario sensu este artículo en su párrafo segundo, la mujer soltera no necesita consentimiento para ser inseminada artificialmente.

De manera general, este artículo establece sanciones por falta o el vicio en el consentimiento, pero en ningún momento la prohíbe a personas fértiles, ni establece como requisito, la esterilidad para la aplicación de técnicas artificiales de procreación.

Una de las primeras referencias sobre la aplicación de la inseminación artificial en México, la encontramos en 1958 contenida en la tesis profesional del Licenciado en Derecho Julio C. Vera Hernández, en la cual señala que veintiún galenos afirmaron realizar estas prácticas con un número de casos cercanos a tres mil.

Sin embargo, en la última década se ha manifestado ampliamente, es difícil saber en que medida, debido a la insuficiente difusión pero como dato estadístico encontramos con referencia al tema que el 20% de las parejas en México tienen algún tipo de impedimento biológico para concebir.⁴⁴

Por tanto se hace necesario legislar sobre dichas prácticas, para que se limiten jurídicamente con la finalidad de lograr en la medida de lo posible una salud social.

⁴⁴ Nuevo Siglo. Revista editada por El Universal, Diario de la Ciudad de México, Num. 1667, Año 4, 7 de mayo de 1995, pag 7

Resulta conveniente aunque de manera breve, hacer algunas referencias sobre Derecho comparado de países latinos, sobre todo en materia de filiación, los datos fueron tomados del estudio que hace el licenciado Carlos A. Ghersi.⁴⁵

Brasil; En su Código de Ética de 1963, en el artículo 53 establece: "La inseminación artificial heteróloga no es permitida, la homóloga podrá ser practicada si existiere consentimiento expreso de los cónyuges".

Portugal; El Código Civil de 1967, artículo 1799 establece: "La fecundación artificial no puede ser invocada para establecer la paternidad del hijo procreado por medio de ella, en el caso en que el semen sea de otro hombre, que no sea el marido. Aquel que suministrase el semen no puede invocar ese hecho para alegar que es el padre de la criatura".

Costa Rica; En el Código de Familia, la Ley 5476 del 21-12-73, se considera similar a la cohabitación, la inseminación artificial con esperma de un donante o del marido, siempre y cuando sea consentimiento de ambos, para los fines de filiación y paternidad, no adquiere el tercero ningún derecho ni aplicación inherentes a tales calidades (Art. 72).

Argentina; El artículo 70 del Código Civil señala: se es persona "desde la concepción en el seno materno ..." , ésta última tiene injerencia sobre

⁴⁵ GHERSI, Carlos Alberto. *Derecho Civil Parte General*. Ed. Astrea Lavalle, Buenos Aires, Argentina. 1984, pág. 85.

todo en la fecundación de varios embriones que tiene lugar en la fecundación in vitro.

En México, la problemática se presenta en diferentes campos del Derecho; matrimonio, sucesiones, contratos, filiación, entre otros, tocaremos solamente lo referente a la filiación, y algunas cuestiones sobre contratos.

Como ya se ha mencionado anteriormente la filiación descansa sobre un dato de hecho, el vínculo biológico, en nuestra sociedad no es difícil encontrar el vínculo biológico sin que exista nexo jurídico filial, pero de acuerdo a nuestro sistema jurídico, siempre que exista un nexo jurídico filial se presume que existe un vínculo biológico que funde a aquél. (excepción hecha de la filiación adoptiva). De acuerdo a nuestra legislación la filiación presupone:

- Que el nacimiento de un ser es necesariamente producto de la cópula carnal entre hombre y mujer.

- Establece la filiación de acuerdo al estado civil de la pareja, doctrinalmente.

- La maternidad se establece por el hecho del nacimiento como prueba irrefutable, y la paternidad se presupone a través del matrimonio o de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el

padre durante la época legal de la concepción, que se calcula en base a la fecha del nacimiento del niño.

Los nuevos métodos o técnicas de concepción artificial, remueven toda la estructura sobre la se funda la filiación presentando diversas situaciones que jamás previó nuestro Código Civil actual para el Distrito Federal, así como los Códigos Civiles de las entidades federativas del país.

Actualmente, las técnicas de procreación artificial o como los denomina la legislación sanitaria, la fecundación asistida, está al alcance de personas o parejas con problemas de esterilidad, pero, se necesita legislar para que estas técnicas sean inaccesibles a personas o factores que pudieran dañar la estructura familiar como por ejemplo, a parejas pertenecientes al mismo sexo, mujeres solteras, viudas o divorciadas, no por creer que estas personas no tengan derecho a procrearse, sino por creer que, es superado ese derecho al que tiene todo humano a ser traído al mundo dentro de un seno familiar completamente integrado, para un buen desarrollo físico y moral.

a) Inseminación Artificial.- Empezaremos por la inseminación artificial homóloga, este tipo de inseminación no presenta ningún problema jurídico en especial; ya que el producto de esta inseminación es fruto de la unión de gametos pertenecientes a la misma pareja.

La inseminación artificial heteróloga, es todavía centro de discusión por la doctrina jurídica del país y de otros países, quienes estan en contra.

afirman que el introducir al matrimonio elemento extraño al de la pareja, atenta contra el mismo; y contra las reglas básicas de la filiación, al ser atribuida a quien no le corresponde.

Otra cuestión relativa, es la situación del donante, su intención no es asumir la paternidad ni establecer un vínculo jurídico filial con el ser que puede ser generado; es cierto que la política de las clínicas es mantener en secreto el anonimato del donador, este secreto se refuerza con lo establecido en el Código Penal en su artículo 210 y 211, relativo a la revelación de secretos, aun cuando pueda mantenerse en secreto, serán los archivos de la clínica, prueba latente de su paternidad o maternidad, según sea el caso; por otro lado, la ley permite a los hijos nacidos fuera de matrimonio investigar su paternidad de acuerdo a los supuestos que marca el artículo 382 del Código Civil; uno de estos supuestos permite al hijo investigar su paternidad, si tiene un principio de prueba, si entendemos como ésta a cualquier indicio cierto que conduzca a la verdad en el juicio; por tanto, el hijo que a partir de ese principio pudiera determinar, quien fué el autor del embarazo de su madre, sería aquel declarado, padre, y sujeto de responsabilidades derivadas de la filiación, debido a que legalmente no existe una base para que alguien pueda delegar su filiación.

Esta inseminación, aplicada a mujer casada, puede distinguir efectos jurídicos con respecto a la filiación del hijo nacido bajo esas circunstancias y el estado de matrimonio de los padres; en cuanto a la filiación del hijo encontramos un principio fundamental de nuestro sistema jurídico. "el padre del hijo nacido de matrimonio es el marido de la madre la filiación se

lo atribuye pero no tiene una base biológica ni tampoco legal que lo funde"; es decir, un artículo que atribuya la filiación del hijo a los padres que autorizaron dicha inseminación.

Acerca del consentimiento se requiere para la aplicación de la inseminación heteróloga, que se encuentra contemplada en el artículo 466 de la Ley General de Salud, en su párrafo segundo y que señala: "La mujer casada no puede otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge". Sin embargo, la no observancia de este principio carece de sanción, de lo que resulta que si ella se hiciera inseminar artificialmente en forma heteróloga, no sería sancionada por esta conducta. Las únicas sanciones previstas se encuentran en el artículo 417 de la misma ley, son de carácter administrativo y aplicables sólo a profesionales y éstos a su vez no serían culpables, si el consentimiento fuese falso y para efectos legales, de acuerdo a nuestra legislación actual, el marido dé o no su consentimiento, le sería atribuida la filiación por ser el marido de la madre.

Otro aspecto importante en cuanto al consentimiento sobre este tipo de inseminación, es el referente a que pudiera darse el caso que habiendo consentido el marido, en un principio, posteriormente pretenda retirarlo (Art. 21, fracción VII del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud) y tal vez impugne la paternidad del hijo que dé a luz su esposa, supongamos que alegando no haber tenido acceso carnal con su esposa por cualquier motivo, durante los ciento veinte días de los trescientos que han precedido el nacimiento (Art. 325 del Código Civil) la

pregunta sería ¿procede el desconocimiento? en base a que tal vez no tuvo acceso carnal con su esposa en los límites marcados por la ley y tiene prueba fehaciente de que no es el padre biológico de la criatura.

Estos supuestos pudieran ocurrir debido a la falta de legislación en la filiación, en los casos en que los hijos sean engendrados por estas técnicas artificiales; las controversias suscitadas tendrían que ser resueltas con o sin reglamentación, de acuerdo al artículo 18 del Código Civil "el silencio o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

Otro aspecto diferente de la inseminación es la fecundación post-mortem, que se lleva a cabo por inseminación artificial aplicada a la viuda con semen (previamente recogido del cadáver o puede ser depositado con anterioridad y conservado en el banco de semen) de su marido muerto; este tipo de inseminación no es ni homóloga ni heteróloga; es una inseminación artificial fuera de matrimonio y por tanto, no puede considerarse legalmente hijo de matrimonio, aún probando científicamente que el padre del niño es el de cujus, en virtud de que el vínculo matrimonial queda disuelto por muerte del marido; a menos claro, que el nacimiento tuviera lugar dentro de los trescientos días a la disolución del matrimonio (Art. 324 del Código Civil); de lo contrario el hijo no tendría derecho a llevar el apellido del padre ni tendrá derecho a heredarlo, el artículo 1314 del Código Civil marca que sólo tiene derecho a la masa hereditaria, el que este concebido a la fecha de la muerte del causante y siempre que nazca viable.

b) Fecundación In Vitro.- Los planteamientos legales sobre la fecundación in vitro, también denominada extracorpórea, son los mismos que para la inseminación artificial, ya sea ésta homóloga o heteróloga es decir, el hecho de que se realice la fecundación fuera o dentro del seno materno, no tiene mayor relevancia para la ley, más bien lo que importa es establecer la filiación con relación al hijo.

Si la fecundación in vitro se realiza con gametos proporcionados por la pareja, al hijo se le atribuye filiación legítima; si alguno de los gametos proviene de un donante y es trasplantado en el vientre de una mujer para su gestación, es ésta para la ley, la madre y si es casada, el marido será entonces el padre del niño que su esposa de a luz.

Esta técnica en especial, debe ser estrictamente vigilada y limitada, ya que implica como se ha mencionado anteriormente, la fecundación de varios embriones de lo que resulta el desechamiento de los que no son utilizados o que sean destinados a investigaciones; por lo cual, los límites deben ser estrictos debido a la naturaleza de lo asegurado.

c) Maternidad Subrogada.- Este hecho supone la existencia de un acuerdo o de un "contrato", por medio del cual se "rentara" o "prestara" el vientre de una mujer para gestar un embrión hasta el momento de su nacimiento y, posteriormente la entrega del niño a la pareja por la cual fue "contratada". De acuerdo a nuestra legislación, este hechos es ilegal el contrato es inexistente atenta contra la moral y las buenas costumbres. ya sea gratuito o mediante pago

El artículo 1794 del Código Civil , requiere para la existencia del contrato un objeto que pueda ser materia del mismo; la cosa objeto del contrato, debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en su especie y estar dentro del comercio (Art. 1825 del Código Civil); no existe forma de que un embrión esté dentro del comercio, lo que hace a este contrato inexistente. De acuerdo a la legislación civil, madre es quien da a luz al hijo, ya que no está previsto que una mujer pueda aportar el gameto y otra gestar; la filiación de los hijos con respecto a la madre resulta del solo hecho del parto. Si la madre subrogada fuere casada, el hijo sería, según la legislación actual, de ella y de su esposo por presunción. Por otro lado, no hay actualmente forma jurídica (a no ser por la adopción) de que un matrimonio pueda dar a otro un niño nacido de éste.

La maternidad subrogada debe ser prohibida por atentar contra el sentido natural de la maternidad; no puede llevar una mujer en seno nueve meses, a un niño para ser entregado al día siguiente de su nacimiento.

E. CIENCIAS RELACIONADAS.

1. Bioética y Biojurídica.

Haremos brevemente un comentario sobre estas disciplinas, ya que las investigaciones y reflexiones de éstas implican una guía al legislador para la regulación no sólo de la procreación artificial sino de otros temas biomédicos. La combinación de ambas podría definir límites éticos y

jurídicos, tanto de la procreación artificial como de la manipulación genética o cualquier avance científico que tuviera injerencia en seres humanos.

En 1995 se aprueba en treinta y tres países (todos eurooccidentales más Turquía y ocho estados post comunistas) un Código de ética que establece límites para la investigación genética sobre el hombre.⁴⁶ El objeto de estas ciencias es el aportar consideraciones sobre los ámbitos y principios que deben inspirar la reflexión jurídica en materias bioéticas. Elio Sgreccia define a la bioética, como la filosofía moral de la investigación y de la practica biomédica.⁴⁷ Es una ciencia Pluridisciplinaria que tras una larga discusión, en la que intervienen los interlocutores y en la cual se utiliza fundamentalmente argumentos éticos, se acuerda que cierta práctica en determinado supuesto es honesta o deshonesta.

La biojurídica es un debate específicamente jurídico sobre cuestiones biomédicas que pudieran inspirar el dictado de leyes en estos temas. Consideramos que la biojurídica debe apoyarse en la bioética, con la finalidad de encontrar caminos éticos y morales enmarcados jurídicamente para la solución de problemas biomédicos.

⁴⁶ El Universal, Diario de la Ciudad de México 3 de febrero de 1995

⁴⁷ SERRANO RUIZ-CALDERON, José Miguel. Bioética, Poder y Derecho. Ed Gráficos Arias Montano. Madrid, España 1993, pag 27

CAPITULO IV. LA CONCEPCIÓN ARTIFICIAL COMO ACTO JURÍDICO.

Las técnicas de concepción artificial que después de estudios éticos, morales y jurídicos deban ser contempladas en el Código Civil, deben ser tomados como actos jurídicos. La procreación con inseminación natural es un hecho jurídico; la procreación en las técnicas de concepción artificial es un acto premeditado y manipulado, que debe además ser consciente.

Al no poder concebir la pareja por esterilidad, recurre a medios externos o avances científicos que están al alcance de personas con este tipo de problemas, que deberían tener límites más estrictos que pudieran garantizar en la medida de lo posible el bienestar del niño concebido en tales circunstancias, estableciendo una filiación sólida, sobre aquellos que determinaron por voluntad, traerlo al mundo, especialmente en la práctica de la inseminación y la fecundación in vitro ambas heterólogas, ya que uno de los cónyuges no es biológicamente el padre, pero su consentimiento por escrito, implica ya un acto jurídico que debe obligarlo a afrontar sus consecuencias jurídicas básicamente sobre filiación.

A. LAS PARTES.

Se determina a estas técnicas como un acto jurídico plurisubjetivo; las partes intervinientes serían los cónyuges o concubinos y el médico que realiza las técnicas con el propósito o finalidad de realizar la investigación y en el supuesto que la práctica de la técnica diese como resultado un ser viable, se debe establecer una filiación que constituya deberes y obligaciones plenos, dentro de ambas relaciones paterno filiales y también como un derecho de todo ser humano de nacer dentro de una familia.

Nos adherimos a la postura del Licenciado Chávez Asencio, en la cual señala que deben excluirse y prohibirse el uso de estas prácticas a mujeres solteras, viudas o divorciadas, ya que se busca que el niño nazca dentro de una institución familiar integrada. Además, debe considerarse a las partes, a los cónyuges de manera estricta, para acreditar con exámenes médicos su esterilidad y, con exámenes psicológicos que demuestren su voluntad y preparación emocional para la realización de dicho acto, además que valore sus razones sobre todo en la heteróloga.

Debe vigilarse estrictamente por parte de las autoridades sanitarias, el actuar del médico, en la aplicación de dichas técnicas ya que lo que maneja sería de vital importancia tanto para los cónyuges como para el hijo si naciera, a fin de asegurar el máximo cuidado en la realización de estas técnicas, ya que un error podría ocasionar daños irreparables: por ejemplo, en Estados Unidos, unas treinta mujeres fueron inseminadas con

óvulos que no les pertenecían, debido a errores cometidos en un clínica californiana que practica la fecundación in vitro.⁴⁶

B. NATURALEZA JURÍDICA

El artículo 22 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, rige los requisitos para el consentimiento informado, entre los cuales se encuentra el de la fecundación asistida, con relación al artículo 43 del mismo reglamento, que señala.

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

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que cita la Secretaría;

II. Será revisado y en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;

III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de investigación;

⁴⁶El Universal. Diario de la Ciudad de México. 7 de Julio de 1985. Sección Aviso Oportuno.

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiere firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se expedirán por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de investigación o de su representante legal.

Este requisito por escrito, sobre el consentimiento, lo convierte verdaderamente en un acto jurídico formal, que debe ser irrevocable, una vez fecundado el óvulo, ya que este acontecimiento podrá generar una filiación en caso de que el producto sea viable; por tanto, podría ser un acto jurídico plurisubjetivo, contractual, formal y voluntario, que debe ser irrevocable una vez fecundado el óvulo.

C. ELEMENTOS ESENCIALES Y DE VALIDEZ.

Los elementos de existencia dentro del acto jurídico, son la voluntad, ésta se define como la voluntad exteriorizada para la realización de dicho acto, en este caso en particular, será el consentimiento por escrito que ambas partes realizan, que como ya mencionamos, debe ser irrevocable una vez fecundado el óvulo, debido a la trascendencia del acto. sin embargo, el artículo 21 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, señala: "Para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación, deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprender, por

lo menos, sobre los siguientes aspectos" a continuación enumera once fracciones en las que señala: justificación, molestias, beneficios, entre otros. Pero la fracción que nos interesa resaltar es la VII, que a la letra dice: **"La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen perjuicios para continuar su cuidado y tratamiento"**. En el caso de las técnicas de procreación ¿Que implicaría la libertad de retirar el consentimiento? No pasaría nada, si el óvulo no ha sido fecundado, pero si el óvulo ya fué fecundado y se sigue el desarrollo normal del embrión y en ese momento se decide retirar el consentimiento por el cónyuge, al cual no pertenece el gameto, hablando específicamente de la modalidad de la inseminación artificial heteróloga, no habría forma legal de regresar las cosas a su estado inicial, en la suposición de que se arrepienta de la realización de la técnica artificial, no deseando el producto.

El objetivo, será lograr la procreación dentro del matrimonio mediante un contrato de prestación de servicio médico para la aplicación de técnicas artificiales de concepción para la realización del fin, mediante un acto jurídico voluntario en el cual se sabe y se quiere producir consecuencias de Derecho.

En los elementos de validez encontramos la capacidad, que debe ser la de ejercicio obviamente; en la licitud en el objeto y de acuerdo a las características para que sea lícito, es que sea acorde con las normas de orden público y a las buenas costumbres, que es una característica subjetiva de la licitud del objeto, en este sentido, la procreación artificial es

muy susceptible de rebasar el orden público y las buenas costumbres, de allí la necesidad de reglamentar estas técnicas para que limiten su campo, especificando claramente el carácter excepcional de personas que deben tener acceso a dichas técnicas, que deben ser aquellas parejas que reúnan los requisitos físicos y psicológicos para tal efecto.

Otra de las características del objeto sería la licitud, es completamente lícito el contrato de prestación de servicios para el logro de esta garantía Constitucional.

Por las demás características, en cuanto al objeto no presentan mayor problema; en lo que se refiere a la ausencia de vicios en la voluntad, se debe seguir las reglas generales.

D. PROPUESTA DE REGLAMENTACIÓN.

1. Necesidad de Adicionar un Capítulo al Libro Primero, Título Séptimo del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia de Concepción Artificial.

La concepción artificial avanza cada vez más en el campo científico, proyectándose dentro de la familia; por tanto no puede pasar inadvertida para nuestras leyes toda situación médica científica que comprometa el interés social, la cual debe ser reglamentada. En nuestro país, tiene casi una década aproximadamente que son aplicadas estas técnicas como

práctica común, sólo la Ley General de Salud y su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, se ocupan escuetamente de estos casos.

Nuestro Código civil para el Distrito Federal no contempla nada sobre dichas circunstancias, reconociendo en cuestión de filiación (excepción de la adoptiva), sólo la maternidad y paternidad biológicas ya sea matrimonial o extramatrimonialmente, incluso se refuerza este principio en el Código Penal, en su artículo 277 referente a los delitos contra el estado civil y bigamia, del cual sólo mencionaremos las fracciones I y III:

Art. 277. Se impondrá de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente la madre;

III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro Civil con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declare falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres y suponiendo que los padres son otras personas.

Actualmente encontramos nuevos y diferentes conceptos en lo que a maternidad y paternidad se refiere; algunos escritores que tocan éstos temas los clasifican como

- **Maternidad plena.**- cuando la madre reúne en relación a su hijo, vínculos jurídicos y biológicos.

- **Maternidad genética y maternidad gestativa parcial.**- aquí la primera se presenta cuando una mujer denominada donante, cede su gameto a otra mujer, será la donante la que aporta la carga genética; la segunda sólo gesta al embrión hasta su nacimiento, en éste último tipo de maternidad pueden reunirse las cualidades de madre genética y gestativa, es decir, puede ser donadora del óvulo y llevar el embarazo para entregar el producto posteriormente.

- **Maternidad legal.**- le corresponde a la mujer que voluntariamente asume derechos y obligaciones respecto del nacido de una técnica artificial, sin que exista vínculo biológico entre ellos.

- **Paternidad plena.**- cuando el padre reúne en relación al hijo, vínculos jurídicos y biológicos.

- **Paternidad genética.**- se presenta cuando el hombre dona gametos para su utilización en la concepción artificial, sin la intención de crear derechos y obligaciones con respecto de los niños nacidos como producto de esta donación.

- **Paternidad legal.**- se presenta cuando voluntariamente un hombre asume derechos y obligaciones respecto del nacido, sin que exista vínculo biológico entre ellos.

Debido a ésta pluralidad de sujetos en el proceso reproductivo artificial, corresponde al legislador designar lazos jurídico-filiales, teniendo cuidado en los casos en que peligre la estructura familiar.

2. Necesidad de Complementar la Legislación Sanitaria en Materia de Concepción Artificial.

La Ley General de Salud en su Título Tercero, Capítulo VI, contempla "Servicios de Planificación Familiar", los cuales se encuentran establecidos en el artículo 68, al señalar cuales son los servicios que comprende la Planificación Familiar, en su fracción IV marca: "El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana".

La biología de la reproducción humana y la infertilidad serán causa de apoyo familiar y de investigación científica, comprendidas aquí las técnicas de concepción artificial, en el problema de la infertilidad humana y el fomento de la investigación en las mismas.

De ahí nos trasladamos al Título Decimo Octavo, Capítulo VI de la misma ley, referente a los delitos; así, en su artículo 466 señala: "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”.

Este delito sólo sanciona al que realice la inseminación e implica sólo el requisito de conformidad de ambos cónyuges para la realización en la aplicación de técnicas de concepción artificial, la sanción es de carácter administrativo, ejecutadas por autoridades sanitarias como lo marca el artículo 416 de la misma ley.

Lo anterior es todo lo que regula la Ley General de Salud en cuanto a concepción artificial; por otra parte, encontramos referencias en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en su Título Segundo, Capítulo IV relativo a la Investigación de Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, Durante el trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos; de la Utilización de Embriones, Óbitos y Fetos y de la Fertilización Asistida; en su artículo 40 señala: “Para efectos de este reglamento se entiende por...”, en su fracción XI nos da el concepto de fertilización asistida, al decir: “Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) incluye la fertilización in vitro”.

En el artículo 43 del mismo reglamento señala que para realizar investigaciones en la fertilización asistida, entre otras, se requiere obtener una carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubino de acuerdo a lo señalado en los artículos 21 y 22 de dicho reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto

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

El artículo 21 al que hace referencia, ya se había mencionado anteriormente y se contempla en éste al consentimiento informado y los requisitos que debe reunir para que se considere existente; el sujeto de investigación o en su caso el representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal forma que pueda comprenderla, por lo menos sobre los siguientes aspectos:

- I. La justificación y los objetivos de la investigación;
- II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;
- III. Las molestias o los riesgos esperados;
- IV. Los beneficios que puedan obtenerse,
- V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;

VI. La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración de cualquier duda acerca de los procedimientos, riesgos, beneficios y otros asuntos relacionados con la investigación y el tratamiento del sujeto:

VII. La libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio, sin que por ello se creen prejuicios para continuar su cuidado y tratamiento;

VIII. La seguridad de que no se identificará al sujeto y que se mantendrá la confidencialidad de la información relacionada con su privacidad;

IX. El compromiso de proporcionar la información actualizada obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando;

X. La disponibilidad de tratamiento médico y la indemnización a que legalmente tendría derecho, por parte de la institución de atención a la salud, en el caso de daños que ameriten, directamente causados por la investigación, y

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

El artículo 22 nos señala cómo deberá formularse el consentimiento informado en sus cinco fracciones que se transcriben a continuación:

I. Será elaborado por el investigador principal, indicando la información señalada en el artículo anterior y de acuerdo a la norma técnica que emita la Secretaría;

II. Será revisado y, en su caso, aprobado por la comisión de ética de la institución de atención a la salud;

III. Indicará los nombres y direcciones de dos testigos y la relación que éstos tengan con el sujeto de la investigación;

IV. Deberá ser firmado por dos testigos y por el sujeto de investigación o su representante legal, en su caso. Si el sujeto de investigación no supiera firmar, imprimirá su huella digital y a su nombre firmará otra persona que él designe, y

V. Se extenderá por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto en investigación o de su representante legal.

Para la limitación en la práctica sólo menciona el artículo 56 lo siguiente: "La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no puedan resolverse de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difieren con el del investigador"

La Legislación Sanitaria reglamenta en la Ley General de Salud y en su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, a la fertilización

asistida; en la primera, contempla el apoyo y fomento a la investigación para la resolución en problemas de infertilidad, así como el fomento al estudio en la reproducción humana; admite la aplicación de técnicas artificiales de concepción tanto a mujeres casadas como a solteras (a contrario sensu) y establece sanciones de carácter administrativo aplicables sólo a profesionales médicos.

Su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, nos da la pauta para saber qué prácticas están permitidas, pero no especifica prohibiciones en cuanto a aquellas derivadas tanto de la inseminación artificial como de la fecundación in vitro, específicamente la fecundación post-mortem y la maternidad subrogada.

No existe ni en la Ley General de Salud ni en su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, una apreciación clara sobre las características de las personas que legalmente pudieran tener acceso a la fertilización asistida; sobre el consentimiento informado, el cual debe ser irrevocable una vez fecundado el óvulo; sobre qué prácticas deben ser permitidas y cuáles prohibidas; los requisitos para la aplicación de dichas técnicas, ya que no se contempla un examen psicológico de la pareja; pero sobre todo un apartado especial sólo referente a la aplicación de dichas técnicas, debido a la connotación social y jurídica que tiene la práctica de estas técnicas.

E. FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD DE PROCREACIÓN.

Todo análisis referente a ordenamientos jurídicos, debe hacerse de conformidad con los principios Constitucionales, el fundamento del Derecho a la procreación, lo encontramos en el artículo 4o. y señala: "el varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

Por tanto, creemos que el derecho a la libre procreación como garantía personal, es un derecho Constitucional, ya que está insertado en nuestra Carta Magna; no limita ésta facultad a determinadas personas ni en función de su estado civil o cualquier otra situación, independientemente de que ésta sea natural o artificial.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La aparición en nuestro entorno, cada vez más frecuente de la aplicación de técnicas de concepción artificial, como una alternativa para solucionar la esterilidad en la pareja humana, se encuentran contempladas en la Legislación Sanitaria, específicamente en la Ley General de Salud y en su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, y se le denomina "Fecundación Asistida", comprende la inseminación artificial homóloga y heteróloga y la fecundación in vitro.

SEGUNDA.- A pesar de que es una realidad la aplicación de estas técnicas, el Código Civil para el Distrito Federal no establece ninguna disposición al respecto que fije consecuencias legales, teniendo en cuenta la implicación que dichas técnicas tienen en materia de filiación.

TERCERA.- Nuestro Código Civil, sigue contemplando a la filiación en base a la procreación de hijos nacidos por métodos naturales, pero la realidad y los avances científicos en materia de procreación, hacen necesaria una reglamentación que proteja a los niños nacidos producto de estas técnicas.

CUARTA.- Al no existir normas en específico que regulen las consecuencias jurídicas de la concepción artificial, las controversias que pudieran suscitarse, tendrán que resolverse, ya que el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver

una controversia. Se tendría que acudir entonces, a preceptos generales, que no podrían solucionar los problemas en forma satisfactoria para las partes.

QUINTA.- Resulta imprescindible una modernización del Derecho vigente, hacia las técnicas de concepción artificial en materia de filiación, adicionando un Capítulo al Código Civil para el Distrito Federal en esta materia.

SEXTA.- No es posible, que no sea regulado un acontecimiento de tal trascendencia, aún cuando estos hechos sean ya una realidad legal en la Legislación Sanitaria, ha pasado desapercibido hasta ahora para la Legislación Civil.

SÉPTIMA.- La reglamentación resulta necesaria para evitar conflictos y para impedir la injusta resolución de litigios originados por estos actos no regulados expresamente.

OCTAVA.- Se ha observado a lo largo del desarrollo del presente trabajo, que la Ley General de Salud, así como su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, necesita complementar sus disposiciones, adicionando nuevos y más estrictos requisitos para la admisión de parejas en la aplicación de dichas técnicas; que además, deban prohibirse en determinados casos, pero sobre todo, queremos hacer hincapié en la necesidad para especificar claramente, que sólo debe ser admitida la aplicación de técnicas de concepción artificial a parejas (hombre, mujer), que reúnan los requisitos físicos que son: los problemas de esterilidad de la pareja y que se adicione el psicológico, a través de un examen aplicado por personal calificado que permita

apreciar la validez del deseo de procrear de la pareja, todo esto con la finalidad de dañar lo menos posible a la institución familiar, pero sobre todo, garantizar el derecho del niño nacido bajo estas circunstancias, de ser concebido bajo la seguridad y protección de la ley.

NOVENA.- Se propone, que la fecundación asistida de tipo homóloga, que es la realizada con gametos pertenecientes a la pareja, sea contemplada en el Código Civil y se reconozca al hijo nacido, como legítimo, ya que reúne vínculos biológicos y jurídicos al mismo tiempo.

DÉCIMA.- La fecundación asistida de tipo heteróloga, aporta un componente genético extraño a la pareja, pero si ésta es realizada con consentimiento de ambos cónyuges y da como resultado un alumbramiento en los plazos establecidos por la ley, la presunción legal, aunque ficta debe ser atribuida al marido.

DÉCIMA PRIMERA.- El Consentimiento que el marido da para la fecundación asistida de su mujer, con semen de un donador, debe ser contemplada como un acto jurídico y llevar implícita la conformidad para que el hijo que nazca sea tenido por suyo. Este consentimiento, debe ser admitido como prueba para fundar la filiación, ya que no debe quedar exento de toda responsabilidad y de las consecuencias de sus propios actos, debe quedar obligado a alimentar y educar al hijo que su mujer da a luz.

DÉCIMA SEGUNDA.- El Consentimiento que el marido da para la fecundación asistida, sobre todo de tipo heteróloga, debe ser irrevocable, por lo

menos una vez fecundado el óvulo; debe legislarse para que se impida revocar, tratando de negar la paternidad del hijo una vez que el óvulo ya ha sido fecundado, la revocación sólo debe permitirse con antelación a la fecundación.

DÉCIMA TERCERA.- Que se disponga por ley, que cuando una mujer de a luz un niño, producto de una fecundación con óvulo de donante, tenga ésta todos los derechos y obligaciones derivadas de la maternidad y la donante pierda dichos derechos u obligaciones sobre el niño resultado de su donación.

DÉCIMA CUARTA.- Debe garantizarse, que el donador permanecerá anónimo y que no tendrá derecho u obligaciones con respecto a los hijos que se generen, producto de la donación. Asimismo, limitarse estrictamente, el número de embarazos que se generen por donante.

DÉCIMA QUINTA.- Se propone sean reconocidos en el Código Civil, la maternidad y paternidad legal, como aquella en la que se asumen voluntariamente derechos y obligaciones, respecto al nacido de una técnica artificial, sin que exista vínculo biológico entre ellos.

DÉCIMA SEXTA.- La fecundación artificial de la mujer casada, con semen del marido, ya sea para subsanar o no deficiencias funcionales, no debe permitirse que se efectúe después del fallecimiento del esposo. La ley debe proteger y tratar de proveer en la medida de lo posible, que el niño nacido de técnicas artificiales, tenga una familia completa.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Se propone que se prohíba la contratación de mujeres para llevar el embarazo por otras (maternidad subrogada), aun cuando no sea con fines lucrativos; debe disponerse que todo acuerdo para llevar este tipo de embarazos sea ilegal y de hecho, de acuerdo a nuestra legislación actual lo es. Debe contemplarse como regla general, que la mujer que de a luz un niño, sea biológicamente o no la madre, sea tenida para la ley como madre de este niño.

DÉCIMA OCTAVA.- Se propone, se prohíba la aplicación de fecundación asistida a mujeres solteras, viudas o divorciadas, ya que el niño debe nacer en condiciones apropiadas para el desarrollo de su personalidad, y también a fin de evitar que la concepción artificial se convierta en un instrumento caprichoso para la fecundación.

BIBLIOGRAFÍA.

1. BAQUEIRO ROJAS, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez. "Derecho de Familia y Sucesiones". 2a. ed., México, Ed. Harla.
2. BARBERO Doménico. "Sistema de Derecho Privado". Tr. de Santiago Sentis Meleno. 6a.ed., Buenos Aires, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.
3. BERNAL, J.D. "Origen de la Vida" . Ed. España, Ed. Destino-Barcelona, 1977.
4. BRANCA, Guiseppe. "Instituciones de Derecho Privado". Tr. de Pablo Macedo. México, Ed. Porrúa, 1978.
5. BONNIN, Pere. "Como Hacer un Bebé sin Esfuerzo". Barcelona España, Ed. Plaza & James, 1986.
6. CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1992.
7. DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela Nora Messina. "La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica". Buenos Aires, Argentina, Ed. Abeledo-Perrot, 1989.
8. DI CIO, Alberto. "La Inseminación Artificial y el Derecho de Familia". Buenos Aires, Argentina, Ed. Belgrano, 1984.
9. ENGELS, Federico. "El Origen de la Familia, de la Propiedad Privada y el Estado". México, Ed. Erolibros, 1993.

10. GAYLOR SIMPSON, George. "El Sentido de la Evolución". 3a. ed., Argentina, Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1961.
11. GHERSI, Carlos Alberto. "Derecho Civil". Parte General. Buenos Aires, Argentina, Ed. Astrea Lavalle, 1984.
12. IBARROLA DE, Antonio, "Derecho de Familia". 2a. ed., México, Ed. Porrúa. 1975.
13. MAGALLON IBARRA, José Mario. "Instituciones de Derecho Civil". México, Ed. Porrúa. 1989. T. III.
14. MAZEAUD, Henry, Léon y Jean Mazeaud. "Lecciones de Derecho Civil". Tr. de Luis Alcalá Zamora y Castillo "Lecciones de Derecho Civil". 2a. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.
15. MICHEL, Andrée. "Sociología de la Familia y del Matrimonio". Tr. de Carme Vilagínés. 2a. ed., Barcelona, España, Ed. Península, 1991.
16. MONTERO DUHALT, Sara. "Derecho de Familia". 5a. ed., México, Ed. Porrúa, 1982.
17. MORGAN LEWIS, Henry. "La Sociedad Primitiva". 2a. ed., México, Ed. Quinto Sol, 1986.
18. MUÑOZ, Luis. "Derecho Civil Mexicano". 1a. ed., México, Ed. Modelo, 1979. T. I.
19. PINA DE, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano". 10a. ed., México, Ed. Porrúa. 1990.
20. PLANIOL, Marcel y George Ripeert. "Tratado Elemental de Derecho Civil". México, Ed. Cárdenas. 1977.

21. RECASENS SICHES, Luis. "Sociología". 15a. ed., México, Ed. Porrúa, 1977.
22. RIBES, Bruno. "Biología y Ética". Publicado por la O.N.U. para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 1978.
23. ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". 23a. ed., México, Ed. Porrúa, 1989. T. I.
24. SERRANO RUIZ-CALDERON. José Miguel. "Bioética, Poder y Derecho". Madrid. Ed. Gráficas Arias Montano, 1993.

OTRAS FUENTES:

1. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 15a. ed., Buenos Aires, Argentina, Ed. Heliasta, 1982.
2. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. U.N.A.M. 6a. ed., Ed. Porrúa 1993.
3. Enciclopedia de la Vida Sexual. Barcelona España, Ed. Argos Vergara, T. IV. 1974.
4. Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales. Barcelona, España, Ed. Aguilar, 1974.
5. Enciclopedia de la Sexualidad Humana. 4a. ed., México, Ed. El Manual Moderno, 1983.
6. GARCÍA MENDIETA, Carmen. "La Filiación, Problemas Jurídicos Actuales". Anuario Jurídico, T. XII, Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M. Primer Congreso Interdisciplinario sobre la Familia Mexicana. 1986.

7. GARCÍA MENDIETA, Carmen. "Fertilización Extracorpórea". Aspectos Legales. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, octubre 1985, marzo de 1986. Núm. 20-27.

8. GALVAN RIVERA, Flavio. "La Inseminación Artificial en Seres Humanos y su Repercusión en el Derecho Civil. Revista Jurídica de Postgrado, año 1, Num. 2, abril, mayo y junio de 1995, Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca.

9. NOVILLO SARAIVA, Lisardo. "Procreación Asistida" Anales del Cincuentenario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T. XXIX, Córdoba Argentina, 1990.

10. SOTO REYNA, René. "Aspectos Médico Legales de la Inseminación en Seres Humanos. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, octubre 1985, Núm. 20-21.

11. El Universal. Diario de la Ciudad de México. y su Revista Nuevo Siglo.

LEGISLACIONES.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, Colección Popular Ciudad de México, Serie de Textos Jurídicos, Instituto de Investigaciones Jurídicas U.N.A.M. Edición única 1990.

2. Código Civil para el Distrito Federal .en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

3. Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

4. La Ley General de Salud.

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