



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES  
"ACATLÁN"



FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE  
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTE EL  
REGISTRO CIVIL.

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
**P R E S E N T A :**  
**LIBORIO QUINTANA SÁNCHEZ**

ASESOR: LIC. JOSÉ JORGE SERVÍN BECERRA.



ABRIL 2004



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

## **AGRADECIMIENTOS:**

### **A MIS PADRES:**

**Por el apoyo y la confianza incondicional que me han brindado durante mi vida.**

**Y enseñarme que la superación es uno de los hábitos más importantes que debe tener una persona.**

### **A MIS HERMANOS:**

**CARMEN, LUZ, RAÚL, MARI Y EVI, por tener en ellos un ejemplo de tenacidad y desarrollo personal y profesional.**

### **A MIS SOBRINOS:**

**ALDO, YOLE, VALE, MILE, RAÚL Y EDITH.**

### **A MI ASESOR:**

**Por permitirme contar con la guía de un excelente profesionalista.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

**A LA FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN.**

**A MIS SINODALES:**

**Lic. María Magdalena Hernández Valencia.**  
**Lic. Dulce María del Rocío Azcona Fernández.**  
**Lic. Hilarino Cruz García.**  
**Lic. Edmundo Aguilar Rosales.**

## ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN. ....	III
--------------------	-----

### CAPÍTULO 1.

#### 1.- LA FAMILIA.

1.1.- CONCEPTO. ....	1
1.2.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA. ....	4
1.3.- FUENTES DE LA FAMILIA. ....	29
1.4.- FINES DE LA FAMILIA. ....	37

### CAPÍTULO 2.

#### 2.- FILIACIÓN.

2.1.- CONCEPTO. ....	39
2.2.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN. ....	41
2.3.- ADQUISICIÓN DE LA FILIACIÓN. ....	54
2.3.1.- Filiación en el matrimonio. ....	55
2.3.2.- Filiación en el concubinato. ....	56
2.3.3.- Filiación en la adopción. ....	57
2.4.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN. ....	58

### CAPÍTULO 3.

#### 3.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

3.1.- DEFINICIÓN. ....	67
3.2.- FINES. ....	69
3.3.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL. ....	74
3.4.- FECUNDACIÓN IN VITRO. ....	78
3.5.- TRANSFERENCIA INTRATUBARICA DE GAMETOS. ....	85
3.6.- MADRES SUSTITUTAS. ....	87
3.7.- CLONACIÓN. ....	92

## CAPÍTULO 4.

## 4.- FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTE EL REGISTRO CIVIL.

4.1.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ...	98
4.1.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. ....	98
4.1.2.- Código Civil para el Distrito Federal. ....	102
4.2.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA ACTUAL. ....	106
4.3.- FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. ....	114
4.3.1.- La seguridad jurídica del Registro Civil. ....	114
4.3.2.- Formalización del consentimiento en el uso de técnicas de reproducción asistida ante el Registro Civil. ....	117
4.3.3.- Propuesta de adición al Código Civil para el Distrito Federal. ....	123
4.3.4.- La filiación como consecuencia jurídica de la formalización del consentimiento. ....	130
 CONCLUSIONES. ....	 132
 BIBLIOGRAFÍA. ....	 134
 LEGISLACIÓN. ....	 137

## INTRODUCCIÓN.

El ser humano, en su afán de ejercer el dominio sobre la naturaleza y ponerla a su servicio, ha llevado a cabo en todos los campos de quehacer científico una enorme evolución. En el campo de la reproducción, el hombre ha logrado remediar los problemas de esterilidad sustituyendo las vías naturales para alcanzar la concepción por vías artificiales, lo que conocemos como técnicas de reproducción asistida, permitiendo al ser humano, con problemas de procreación, el perpetuarse.

Las técnicas de reproducción asistida se encuentran frente a un marco jurídico estrecho, esté es el caso del Código Civil para el Distrito Federal, que aunque prevé el uso de la reproducción asistida, cuando se consienta de manera expresa, sin embargo, se deja en un estado de inseguridad a los hijos concebidos por estos medios, porque no establece en que documento debe de plasmarse este consentimiento o ante quien deba de otorgarse para que sea considerado como válido, dejando incertidumbre en las relaciones jurídicas familiares que se pueden suscitar, principalmente entre el recién nacido y sus padres, es decir, en su filiación.

Por lo que en el presente trabajo se propone establecer con certeza jurídica la filiación de los hijos nacidos por métodos artificiales, actualizando y adecuando el Código Civil para el Distrito Federal ante esta nueva realidad, por medio de la formalización del consentimiento para el uso de cualquier técnica de reproducción asistida ante la institución del Registro Civil. De esta forma se consigue la finalidad de consolidar a la familia surgida bajo estas circunstancias, un aspecto importante por ser la familia la célula básica de la sociedad y por ser el lugar en donde todo ser humano alcanza su desarrollo físico y social.

Por lo que se le dará relevancia a la relación que existe entre padre o la madre y su hijo cuando sea resultado de la práctica de técnicas de reproducción asistida, por lo que se tendrá el deseo de asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, con responsabilidad y verdadero compromiso hacia el hijo o hija que naciere, exista o no un vínculo genético entre padres e hijos.

La naturaleza humana es muy compleja y encuentra nuevas formas de relacionarse, reproducirse y criar a su prole, nuevas formas que debemos estudiar con tolerancia y darles cabida en nuestro marco jurídico si realmente pensamos que el derecho es un instrumento para beneficio y servicio de la sociedad.

## CAPÍTULO I.

### I.- LA FAMILIA.

#### 1.1.- CONCEPTO.

A través del tiempo, desde las culturas primitivas el hombre se ha organizado en grupos que han dado lugar a la estructuración de varios tipos de familia, los que siempre han tenido como objetivo o función cubrir intereses ya sean, económicos, sociales, políticos, religiosos y jurídicos.

La motivación original para la formación de la familia hay que encontrarla en las simples exigencias biológicas de reproducción y del cuidado de la prole, mediante uniones transitorias e inestables entre los progenitores. "Todos los seres vivos son impulsados por dos instintos fundamentales: la conservación y la reproducción. Los humanos, como seres vivos y bisexuados, cumplen con el instinto de reproducción y crean con ello la familia, la célula social."<sup>1</sup>

Otro factor importante de la creación de las agrupaciones familiares se encontraba como un elemento de cohesión el factor económico. En donde el trabajo es un fundamento sobre el que se forma la vida familiar, el trabajo es en cierto sentido, una condición para hacer posible la fundación de una familia, ya que está exige los medios de subsistencia, que el hombre adquiere normalmente mediante el trabajo.

Weber, por ejemplo, plantea que tanto las relaciones sexuales -es decir, las que permiten la procreación - como las que se establecen entre el padre, la madre y sus hijos e hijas -crianza y afecto-, así como las que se establecen entre hermanos y hermanas, sólo tienen significado en la "creación de una actividad comunitaria" como fundamento de una unidad económica a la que él denomina "comunidad domestica", que corresponde a la agrupación familiar.<sup>2</sup>

La familia enraizada por un lado en un factor biológico, constituye un fenómeno social total, con repercusiones en todos los órdenes, al ser el canal primario para la transmisión de los valores y tradiciones de la sociedad de una generación a otra.

La familia ha sido la base de la organización social porque, siendo el resultado de la perpetuación de la especie es natural de los sentimientos afectivos de quienes descienden de sus progenitores comunes los mantengan unidos en todos los órdenes de la vida.

1.- Montero Duhalf, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1990, p. 2.

2.- Cfr. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, Derecho de familia, México, UNAM., 1998, p. 2.

Cuando un ser humano crece, comienza en el seno de la familia a aprender las normas de comportamiento, se le da acceso al mundo cultural, se le infunde una escala de valores y una serie de normas de conducta, se socializa de este modo al nuevo miembro, haciéndolo apto para la vida en sociedad a la que pertenece de acuerdo con las diversas etapas de su desarrollo.

En la familia se desarrollan fuerzas afectivas muy poderosas que trascienden al grupo y matizan las relaciones que sus miembros tienen en la sociedad en donde están insertos. "Rousseau afirmó que la familia es la más antigua de las sociedades y la única que surge espontáneamente por razones naturales".<sup>3</sup> La familia como la más antigua de las instituciones humanas constituye un elemento clave para la comprensión y funcionamiento de la sociedad.

Debido a esta influencia que ejerce la familia dentro de la sociedad por lo que es necesario entrar a su estudio, iniciaremos por establecer su concepto, el cual variara si se enfocada desde el punto de vista de su origen, si se analiza a partir de su evolución histórica, social o bien en razón de sus efectos, entendidos estos como derechos y obligaciones que vinculan a sus miembros. De igual forma es difícil tratar de dar una concepto de familia donde se incorporen todos sus elementos o las estructuras familiares que se encuentran en nuestro país, ya que existe un verdadero mosaico familiar en México.

Por lo que empezaremos por la etimología, de la palabra familia, según la opinión mas general, procede de la voz "famulia", por derivación de "famulus", que a su vez procede del osco "famel", que significa siervo, y más remotamente del sánscrito "vama", hogar o habitación, significando por consiguiente, "el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa".<sup>4</sup>

La familia en lo que concierne al hecho biológico involucra a todos aquellos que, por el hecho de descender unos de otros, o de un progenitor común, generan entre sí lazos de sangre.

En cambio para el concepto sociológico es la institución social formada por los miembros vinculados por lazos sanguíneos, y los individuos unidos, a ellos por intereses económicos, religiosos o de ayuda.

En el concepto jurídico de familia responde "al grupo formado por la pareja, ascendientes y descendientes, así como las personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos".<sup>5</sup>

3.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, Derecho de familia, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 7.

4.- Cfr. Chávez Ascencio, Manuel F., Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 231.

5.- Baquero Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, p. 9.

Las relaciones familiares no regidas por el derecho en un principio deben de cumplir con ciertos requisitos para establecer consecuencias jurídicas como son la permanencia de la relación en el concubinato y el reconocimiento de los hijos.

Actualmente, se establece un doble concepto de familia por la forma en que estas suelen organizarse; la familia extensa y la familia nuclear.

La familia extensa es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco de consanguinidad por lejano que fuere. Esta noción, por su propia vaguedad y amplitud, sólo surte efectos dentro de los vínculos de solidaridad o en los sentimientos de afecto que esa situación crea. Es normal en la vida social estimar como miembros del grupo familiar, aún a parientes muy lejanos. En este sentido el maestro Chávez Asencio establece que: "La familia en sentido amplio, que podría considerarse familia parentesco, se integra por el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar. Bajo este significado lato comprende la familia tres ordenes de relaciones: las conyugales, las paterno-filiales y las que genéricamente se llaman parentales."<sup>6</sup>

Desde un punto de vista sociológico, los lazos de afecto y de acercamiento que existen entre los parientes, van debilitándose conforme éstos son más lejanos; y puesto que el derecho impone graves obligaciones y concede importantes derechos a los miembros de una familia, aquellos deberes y obligaciones sólo pueden hacerse efectivos realmente con los parientes más cercanos, y va siendo menos fuerte esa relación, con aquellos parientes que se encuentran en grados más lejanos.

La familia nuclear que puede estar formada, por el esposo y la esposa; por ambos padres y los hijos, por uno de los padres y el o los hijos. Para algunos la característica fundamental de la pequeña familia esta dada por la convivencia permanente. Integrándose únicamente por relaciones conyugales y paterno-filiales.

En presencia del fenómeno biológico del instinto sexual, de la necesidad del cuidado y protección de la prole, el derecho estructura y organiza la familia para lograr su estabilidad y su unidad institucional por medio del matrimonio creando un conjunto de normas alrededor de los cónyuges; ha establecido entre los progenitores y sus hijos dando unidad y dirección y permanencia al grupo familiar. Aunque no se niega la posibilidad de que como un hecho existe y ha existido la familia fuera del matrimonio o el concubinato.

Por lo que concierne al Código Civil para el Distrito Federal no define ni precisa el concepto de familia, pero establece derechos y obligaciones derivados de las relaciones familiares. Así el artículo 138 ter establece que: *Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.*

6.- Chávez Asencio, Manuel F., Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 233.

La importancia que el derecho le da a la familia se debe a que es el lugar donde el hombre aprende los valores humanos, sociales, morales, culturales e incluso religiosos, y con base en ellos a relacionarse, es decir, es el lugar donde el ser humano se desarrolla tanto física, como psicológica, afectiva y socialmente. Es así que a través de este núcleo son cubiertas las necesidades materiales y económicas del individuo hasta que es capaz de satisfacerlas por el mismo.

En conclusión, podemos establecer que actualmente la familia se organiza de forma nuclear sin poder desligarla de su aspecto jurídico derivado de las relaciones familiares. Entendiendo por familia como el núcleo de personas que se encuentran ligadas por vínculos consanguíneos o jurídicos y que se constituyen principalmente por el matrimonio, aunque no es su única fuente, fundados en la ayuda mutua y la convivencia permanente a los que el ordenamiento positivo impone obligaciones y otorga derechos.

## **1.2.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA FAMILIA.**

### **Origen de la familia.**

#### **a) Promiscuidad original.**

Fundamentalmente existen dos tesis que tratan de explicar el origen de la familia, en las cuales los historiadores y los investigadores no se han puesto de acuerdo debido a la imposibilidad de comprobación plena de sus aseveraciones, la debatida cuestión de la promiscuidad original que se acepta o se niega en las teorías: materialista y espiritualista.

1.- La teoría materialista, cuyo principal expositor es Federico Engels, basado en los estudios de Lewis H. Morgan afirman la existencia de una primitiva promiscuidad sexual, basan sus razonamientos en la condición humana anterior a toda civilización, como un primate guiado más por sus instintos que por otras condiciones de raciocinio, de ética u otro tipo de limitaciones a la libertad de su conducta. Antes de que existiera ninguna organización social, el humano convivía gregariamente con los de su especie.

Los integrantes de la horda primitiva satisfacían sus naturales instintos de supervivencia y procreación en forma tan espontánea e inocente como los demás animales que poblaban la tierra. Se desconocía con toda seguridad, el papel del macho en la procreación, de allí que la única relación certera entre dos sujetos era la materno-filial.<sup>7</sup>

2.- La teoría espiritualista, su principal expositor es Fustel de Coullages, quien en su famosa obra la Ciudad Antigua, expuso como fundamento y origen de la familia el vínculo religioso, más cohesionante entre los antiguos que el parentesco, basado en los ritos y creencias sobre el alma y la muerte, el culto a los muertos y el fuego sagrado.

<sup>7</sup>- Cfr. Montero Duhalf, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1990, p. 3.

Sus principales conclusiones son las siguientes:

1.- La familia se fundamenta en la religión, pero aceptando ésta como la creencia en las fuerzas naturales: la tempestad, el sol, la luna, el rayo, la noche, etcétera (animismo).

2.- El culto a los muertos unía a los integrantes del grupo familiar en ceremonias muy reservadas.

3.- La autoridad paterna y marital se derivan de la religión y por ello se concluye que la familia no surgió de esta autoridad.

4.- La unión de los miembros de la familia antigua era la religión del hogar y el culto a los antepasados, lo que la hace más compacta en esta vida y en la otra.

5.- La familia antigua era más una asociación religiosa que natural y por ello la mujer no era incluida sino cuando la ceremonia sagrada del matrimonio la iniciaba en el culto; el hijo no lo será tampoco, si renuncia al culto o se emancipa.

6.- El adoptado es hijo, aunque no tenga vínculos de sangre, si es aceptado en la comunidad del culto.

7.- El derecho de herencia se regulaba no por el parentesco, sino por el grado de participación en el culto.

“No fue, indudablemente, la religión la creadora de la familia, pero sí fue la que le dio reglas y de ahí resulta que la familia antigua tuviese tan diferente constitución de la que hubiere tenido si únicamente los sentimientos naturales hubiesen tomado parte en su formación, escribió Fustel de Coulanges.”<sup>8</sup>

#### b) Matrimonio por grupos.

El matrimonio por grupos, donde la familia esta formada a través de la unión sexual por grupos obedece ya a una primera restricción a la relación totalmente libre. Se le han dado denominaciones diversas a la familia en razón de la clase de tabú o limitación que se ponía en las tribus al comercio sexual.

1.- La familia consanguínea, los cónyuges se encuentran divididos por generaciones. Se considera a todos los abuelos y abuelas como marido y mujer, asimismo sus hijos con los hijos de sus hijos, en las generaciones venideras, constituirán cadenas de cónyuges comunes. En esta forma de familia, según Engels, “los ascendientes y los descendientes, los padres y los hijos, son los únicos que están excluidos entre sí de los derechos y de los deberes del matrimonio”.<sup>9</sup>

Ejemplificando, se casan Juan y María que son hermanos, éstos a su vez tienen dos hijos, Pedro y Susana, los cuales son hermanos entre sí. Ellos procrean otros dos hijos y así el hecho de ser hermanos trae agregado el deber sexual entre ellos.

8.- Gómez Piedrahita, Hernán, Derecho de familia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1992, p. 16.

9.- Guitron Fuentevilla, Julian, ¿Que es el derecho familiar?, Segunda edición, México, Promociones jurídicas y culturales, 1988, p. 43.

2.- La familia punalúa, consistió en la prohibición de cohabitar entre hermanos y hermanas uterinos, posteriormente entre hermanos de cualquier origen, medios hermanos y aún entre primos. Característica de esta familia es la llamada punalúa (hermanos íntimos). Este tipo de matrimonio se establecía entre un grupo de hermanas que comparten maridos comunes, o un grupo de hermanos (punalúas) con mujeres compartidas.

El parentesco con los hijos se establece por línea materna por desconocerse cuál pueda ser el padre. Todos los hijos son comunes del grupo, aunque siempre se establecen un lazo más estrecho entre la madre y el hijo propio de ella.

3.- La familia sindiásmica, se empieza a dar una personal selección de parejas de manera temporal. Un hombre y una mujer se escogen y mantienen relaciones exclusivas entre sí en forma más o menos permanente; la permanencia se establece sobre todo en función de la procreación. Estas uniones se deshacen voluntariamente sin mayores problemas, pero significan un primer paso hacia la monogamia.

La familia sindiásmica está reducida a un solo hombre y una sola mujer, pero originando la poligamia, la cual asume dos formas: la poliandria en la que una mujer cohabita con varios hombres y la poligenia en la que varias mujeres son esposas comunes de un solo hombre.

La poliandria implica el matriarcado; la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros, sobre todo de los descendientes.

La poligenia, considerada como artículo de lujo y reservada a clases privilegiadas. Sus formas específicas son el hermanazgo, consiste el primero en el derecho de contraer matrimonio con las hermanas menores de la primera esposa; el levirato, donde el hombre tenía el deber de casarse con la viuda de su hermano y el sororato, consistía en el derecho del marido de casarse con la hermana de su mujer cuando ésta era estéril.

#### c) La monogamia.

Es la familia constituida por la unión exclusiva de un solo hombre y una sola mujer. Esta organización familiar es el resultado final de la sindiásmia: la diferencia fundamental con aquella es que la monogámica establece lazos conyugales más duraderos y no puede ser disueltos por el sólo deseo de alguno de los cónyuges, permitiendo al hombre repudiar a su mujer por infidelidad, o alguna otra causa grave.

Así la historia de la familia nos relata la organización patriarcal monogámica, con su excepción la poligenia aceptada en algunos pueblos. Con el transcurso del tiempo este riguroso poder paternal sufrió limitaciones, más su persistencia como una forma de organización familiar con predominio del varón sobre la mujer, la cual a llegado hasta nuestros días.

## **La evolución de la familia.**

Es necesario tener una visión histórica de la familia, para observar la evolución que a través del tiempo se ha tenido en los distintos países. El enfoque se hace predominante sobre el matrimonio por ser la institución más importante, pero no la única en que se ha desarrollado la familia.

Mientras la filiación y la herencia se determinaban únicamente por la línea femenina, los bienes quedaban siempre dentro de la gens de la mujer. Pero, cuando el hombre se convirtió en el principal propietario, vio, durante los primeros tiempos de este estadio, que sus riquezas pasaban a los miembros de su gens, pero nunca a los hijos, que continuaban perteneciendo al grupo familiar de su madre.

Para alterar este orden sucesorio, se verificó un cambio que, aunque simplemente en apariencia, tuvo consecuencias revolucionarias en la organización posterior a la humanidad. Se estableció que los descendientes de un miembro masculino pertenecían en el gens, pero los de un miembro femenino debían salir del grupo familiar de la misma y pasar a la gens de su padre. Quedó abolida así la filiación femenina y la herencia por vía materna, sustituyéndolas la filiación masculina y la sucesión hereditaria determinada por la paternidad. Se impuso la familia de características patriarcales, que imperó en los pueblos orientales históricamente conocidos.

### ***a) La familia en los pueblos orientales.***

#### **Babilonia.**

Según refiere Herodoto, “ninguna mujer debía llegar virgen al matrimonio, y era menester que hubiere tenido, por lo menos una vez en su vida, relaciones sexuales con un extranjero, en el templo de Venus”.<sup>10</sup>

Eran perfectamente lícitas y hasta bien vistas las uniones libres, practicaban en cierto modo el matrimonio ensayo, reglamentado por la ley, y al cual podían poner fin cualquiera de las partes. Para señalar la condición de concubina, la mujer debía llevar como insignia un olivo de piedra o de arcilla.

Los matrimonios se convenían entre los padres, e iban acompañados por un intercambio previo de regalos, que en algunos casos llegaba a convertirse en una compra lisa y llana. La patria potestad confería no sólo poderes absolutos, sino también derechos atroces. El padre podía entregar por dinero a su hija, y en otros casos, no matrimoniales, podía vender a su mujer y sus hijos.

<sup>10</sup>- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Buenos Aires, Driskill S.A., 1987, p. 981.

A la libertad prenupcial seguía un régimen de estricta fidelidad, impuesta por leyes muy severas. De acuerdo al Código de Hamurabi, la mujer adúltera y su cómplice debían pagar su delito con su vida, a menos que el marido, más benévolo, prefiriera arrojarlos desnudos a la calle. Esta pena quedaba atenuada por otra que establecía que se juzgaría a los culpables del adulterio únicamente en el caso de que el marido no perdonase a su mujer o el rey a su súbdito, dadas las costumbres era común que se perdonara.

Se legislaba el repudio, en caso de que el matrimonio hubiese tenido descendencia el marido debía restituir toda la dote a la mujer repudiada, y la misma conservaba el derecho de educar a sus hijos. “Se practicaba el divorcio, cuando el hombre, devolviéndole la dote a su mujer y diciéndole simplemente: Tú ya no eres mi mujer”.<sup>11</sup> Las causas que justificaban su actitud eran la esterilidad, el adulterio, la incompatibilidad de humor o la negligencia demostrada en la administración del hogar. Como compensación a la severidad del Código, si bien la mujer no podía divorciarse, podía abandonar a el marido, siempre que probase su infidelidad y la crueldad del mismo.

Como consecuencia la familia en Babilonia, era una institución poco estable y los miembros de la misma podían abandonarla en forma definitiva mediante una simple manifestación de la voluntad.

#### Asiria.

En Asiria la familia estaba organizada de acuerdo a un severo régimen patriarcal y uno de su objetivos más importantes, dadas las características de país esencialmente guerrero, era la perpetuación y aumento de la especie. Las leyes y la moral influían para aumentar el número de nacimientos. El aborto era considerado como un crimen capital y a las mujeres que lo cometían se las empalaba. Los matrimonios se celebraban por contrato y algunas veces se limitaba a una compra pura y simple. La ley y las costumbres reducían a la mujer a una situación de inferioridad; debía aparecer con velo en público; obedecer ciegamente a su marido y serle estrictamente fiel, sin que esta última obligación tuviese carácter reversible, por el contrario, los hombres solían tener tantas concubinas como les permitían sus medios económicos, sin recibir por ello ninguna sanción moral o legal.

#### Persia.

La legislación familiar persa está contenida en el Zend-Avesta o libro sagrado y trascendente, que contempla y sanciona o aprueba infinidad de situaciones. Destinado a un país militar, consideraba la necesidad de aumentar continuamente la población y protegía en consecuencia, todas las situaciones que tendieran a lograrlo. Partiendo de este supuesto, juzga desfavorablemente el celibato y autoriza la poligamia y el concubinato; pero de todas maneras, juzgaba la familia como la más santa de las instituciones.

<sup>11</sup>- Chávez Asencio, Manuel F., Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 26.

Los padres pactaban el matrimonio de sus hijos, apenas éstos llegaban a la pubertad. El incesto era considerado como un pecado y las uniones se realizaban siempre entre extraños. El aborto se consideró como delito grave, peor que el adulterio, ya que éste se podía perdonar, pero aquél se castigaba con la pena de muerte.

Antes de Darío, la mujer ocupaba un lugar de privilegio tanto dentro de la familia como en el seno de la sociedad. Podía circular libremente por la calle, con el rostro descubierto, podía poseer bienes y disponer de los mismos y hasta intervenir en los asuntos de su marido. Después del advenimiento del gran rey su situación empeoró, especialmente en lo que se refería a las mujeres de clases adineradas, colocaron a la mujer en una situación de inferioridad absoluta.

China.

La familia era considerada en China como origen y modelo de la sociedad. De carácter esencialmente patriarcal, no se limitaba al esposo, esposa e hijos, estos convivían con los padres, abuelos y tíos del esposo. Los mayores eran los verdaderos jefes de familia, y la mujer debía obediencia absoluta no sólo a su esposo sino también a su suegra, especialmente en los asuntos domésticos.

Los padres elegían los cónyuges de sus hijos, los que por lo común no se conocían hasta el día de la boda, pese a lo cual anudaban entre ellos fuertes vínculos de respeto y afección. La poligamia, que era una institución aceptada y muy común entre los hombres de fortuna, creaba una complejísima organización familiar, con toda una jerarquía de esposas y concubinas, que debía respetarse minuciosamente. Los hijos habidos de estas distintas uniones; convivían en la misma casa, en distintos patios, según cual fuese la categoría de la madre. La mujer era tratada con cariño, pero se le mantenía en un plano de inferioridad, salvo raras excepciones entre la nobleza y la familia real.

El padre ejercía sobre sus hijos una gran autoridad, de características casi religiosas, ya que al morir, tenían que ser honrados y reverenciados eternamente por sus descendientes.

Egipto.

Se atribuyó a Manes la institución del matrimonio. Las clases más poderosas, empezando por los miembros de la familia real, practicaban la poligamia, pero el pueblo común se contentaba con una sola esposa. Los nobles y los príncipes se casaban en forma incestuosa, y se colocaban en lugar de primera esposa o esposa principal a la hermana elegida. Estos matrimonios inter-familias tenían por objetivo mantener la pureza de la sangre y lograr la indivisibilidad de los bienes familiares, propósitos que no interesaban al pueblo.

La vida de familia se desarrollaba en forma ordenada y con un fondo de gran firmeza moral. Los divorcios eran poco frecuentes y el adulterio femenino uno de sus factores determinantes. Se le dio a la mujer independencia personal y jurídica dentro del seno de la familia, podían, sin autorización marital, dedicarse al comercio y a la industria; poseer bienes a título personal y disponer libremente de los mismos en vida o por testamento.

Esta independencia era consecuencia del régimen matriarcal que caracterizó los comienzos de la sociedad egipcia. A medida que el país abrió sus fronteras a la influencia extranjera, las características familiares evolucionaron de lo matriarcal a lo patriarcal, con la consiguiente pérdida de derechos por parte de la mujer.

El matrimonio se celebraba por contrato y creaba entre los esposos una comunidad legal de bienes. El contrato nupcial se hacía constar en actas públicas que se conservaban en registros especiales. De esta manera se formalizaban las nupcias solemnes (*justae nupcias*), también existían las nupcias por *coemptio* que se realizaban simulando una compra y mediante la entrega de un precio; las mismas, no establecían la comunidad de bienes, ya que todos pertenecían al marido y eran administrados por él.

India.

Estaba la antigua sociedad hindú dividida en vanas o colores, para distinguir a los conquistadores arios, de piel blanca, de los drauidias, oscuros y dominados. Las agrupaciones jerárquicas se basaron en la ocupación: Brahmanes (sacerdotes y estudiosos), Kshatriyas (soldados y gobernantes), Vaishyas (agricultores y comerciantes), Soudras (sirvientes), ello limitaba la ocupación del hindú, su matrimonio, sus prácticas religiosas y su libertad para moverse en la sociedad.<sup>12</sup>

El matrimonio se realizaba por medio de la compra, consentimiento o rapto de la mujer, aunque todas las mujeres preferían el rapto. Asimismo, aceptaron la poligamia como lujo de los grandes ricos. En el primer período histórico de este pueblo, la mujer gozaba de una libertad familiar infinita. Era muy respetada e inclusive el marido muchas veces se dejaba guiar por los consejos de ella. Esta libertad, con el tiempo se fue restringiendo. "Se veía a la mujer como máquina para tener hijos, el aborto y el infanticidio fueran considerados crímenes imperdonables y penados severamente."<sup>13</sup>

El matrimonio era considerado como un sacramento y el Código de Manu, admite ocho clases: 1) el de Brahma, cuando un padre adereza y viste a su hija y la entrega a un hombre sabio y virtuoso (esto significa que la desliga de su hogar y el culto del marido); 2) el de los Dioses (Devas), cuando el matrimonio se realizaba junto con una

12.- Cfr. Ibarrola, Antonio de, *Derecho de familia*, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1995, p. 89.

13.- Guitron Fuentevilla, Julian, *¿Que es el derecho familiar?*, Segunda edición, México, Promociones jurídicas y culturales, 1988, pp. 61,62.

ceremonia religiosa y se une la hija con el celebrante; 3) el de los santos (Richis), cuando el padre entrega a la hija conforme a la ley, después de haber recibido el novio un toro y una vaca destinados al sacrificio; 4) el de los pradjapatis, primeros seres en el mundo padres de las criaturas, cuando el padre honra al yerno con la entrega de su hija, exhortándolos a que cumplan con su deber; 5) el de los asuras cuando han mediado regalos del novio, tanto para su prometida como para sus padres; 6) el de los gandharvas, músicos del paraíso de Indra, cuando las nupcias se celebran por puro amor, en virtud solamente del mutuo consentimiento; 7) el de los raksasas, genios malévolos, verdaderos demonios, en caso de que medie estupro, raptó o violencia a mano armada; 8) y finalmente el de los pizachas o vampiros, cuando el novio posee a la mujer contra su voluntad, aprovechando su sueño, embriaguez o delirio. De toda esta serie, sólo los cuatro primeros tenían validez legal, es decir que la ley exige que el padre entregue a su hija.

El Código de Manú imponía el deber de pureza a la mujer para llegar al matrimonio y de fidelidad al hombre. La excepción era la viudez, cuando el marido ha muerto sin dejar descendencia su hermano podía engendrarle un hijo (levirato) para que el desaparecido tenga quien le rinda honores fúnebres.

Grecia.

Se compuso de dos civilizaciones totalmente distintas Esparta y Atenas. La primera el Código moral y familiar se basaba en el orden militar, se basaba en la perfección de sus habitantes, el padre tenía un derecho absoluto a eliminar a su hijo recién nacido, si el mismo era defectuoso y lo hacía en forma ritual, despeñándolo desde el monte Taigeto.

Los padres concertaban los matrimonios de sus hijos de acuerdo al ritual del raptó; se imponía la monogamia, salvo por razones de eugenesia. El divorcio al igual que el celibato era poco frecuente y mal visto. La mujer tenía derecho de poseer bienes, a heredar y transmitir la propiedad, ya fuese en vida o por testamento.

En cambio en Atenas, la familia se basaba no solo en la perfección del cuerpo sino también del espíritu. El padre disponía de amplios poderes; podía abandonar a su hijo recién nacido, lucrar con el trabajo de sus hijos menores y resolver el matrimonio de cualquiera de ellos.

Las mujeres no podían contratar ni contraer deudas, tampoco podía actuar en un juicio, no estaban capacitadas para heredar ni testar. La mujer pasaba la mayor parte de su tiempo en el gineceo una parte de la casa donde no llegaban varones extraños.

El infanticidio era aceptado con naturalidad, el padre podía exponer a su hijo hasta que muriese o alguna otra persona lo adoptare, cuando el niño contaba con diez días de nacido el padre debía incorporarlo al seno de la familia.

La fidelidad masculina era poco frecuente, los hombres se casaban generalmente por obligación o por eludir leyes que castigaban el celibato. El adulterio femenino no era la única causa de repudio o divorcio; el marido podía repudiar a su esposa en cualquier momento sin mencionar el motivo. La esterilidad era otra causa, pero cuando la esterilidad era del hombre, podía recurrir a la ayuda de algún familiar cercano, para que engendrara un hijo en el vientre de su mujer, la criatura así nacida debería considerarlo como su padre y honrarlo hasta después de muerto.

Roma.

Se entendía por familia o domus la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la manus de un jefe único. La familia comprende el paterfamilias que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paterna y la mujer in manu, que está en condición análoga a la de una hija. El paterfamilias era el único que podía contratar, comprar, poseer y vender, tenía derecho de la vida y muerte, tanto de su mujer como de sus hijos, al grado de poder venderlos.

El matrimonio podía hacerse cum manu donde el padre entregaba a su hija y la dote a la autoridad del marido o del suegro, la misma pasaba a formar parte de su nuevo clan y debía adorar sus dioses y el matrimonio sin manu que no requería ceremonia religiosa, sólo bastaba el consentimiento de los cónyuges, el paterfamilias conservaba íntegramente su poder sobre la hija casada. El matrimonio cum manu sólo podía ser disuelto por voluntad del marido, mientras que el sin manu, cualquiera de las partes podía pedir el divorcio.

A medida que el Imperio Romano ampliaba sus fronteras la organización familiar cambió drásticamente, las mujeres podían conservar sus dotes, administrarlas y pedir el divorcio, la patria potestad relajó su peso y desapareció el matrimonio cum manu. La familia perdió su cohesión y su importancia; los matrimonios se celebraban con carácter transitorio, por conveniencia o por pasión. En época de Augusto, la disolución de la vida familiar llegó a ser tan aguda, que promulgó una serie de leyes llamadas "leyes julias" destinadas al restablecimiento de la moral, al afianzamiento del vínculo matrimonial y a restaurar la fidelidad y los vínculos de parentesco. Trató de que la familia volviera a su fuerza y sencillez. Este conjunto de medidas representaron la más importante legislación social de la antigüedad, pero no llegaron a lograr gran eficacia ya que casi todos los romanos se ingeniaron para burlarlas y la disolución del vínculo familiar se fue acentuando hasta el advenimiento del cristianismo.

Israel.

Es conveniente hacer referencia al legado que dejó el pueblo hebreo, fue la Biblia, considerando el matrimonio como la unión perfecta e indisoluble. Sin embargo, la evolución del pueblo judío va mostrando caminos diversos.

El matrimonio en la época de los patriarcas se orienta a la propagación de la raza. La familia patriarcal tiene la obligación de contraer matrimonio dentro de su propio clan; admite y consagra el matrimonio entre medios hermanos, autorización que se prolonga hasta la época del rey David.

Las leyes exaltaban la maternidad y consideraban el celibato, el aborto y el infanticidio como un pecado o un crimen.

La esterilidad fue admitida como casual de divorcio o de repudio.

Durante su estancia en Egipto hay pocas constancias de su historia social y religiosa, pero con el éxodo recobran sus antiguas costumbres, como la poligamia, y basan todas las instituciones como la familia en los Diez Mandamientos, prohibiendo seriamente el adulterio y Moisés no reconoce el divorcio, aunque el repudio es lícito.

En la época de la instalación en el Canaán, la familia media se orienta hacia la bigamia. Posteriormente la influencia de los pueblos vecinos, especialmente los asirios, hizo que se generalizara el divorcio entre los hogares menos fervientes. Tiempo después con la publicación del Deuteronomio se recordaron costumbres más severas.

Los esposos bajo la figura de Javhé, esposo fiel de Israel, descubren que también la unión matrimonial es una forma de obligación de todo el ser a una compañera, a un juramento de fidelidad.

Germanos.

La familia germana tenía sólidas bases, sobre las que se asentaba toda la organización de la tribu. El padre obraba como amo absoluto, y podía disponer a su antojo de la vida y la libertad de sus hijos y esposas. Eran por lo general monógamos, la mujer tenía la dirección de los asuntos domésticos y seguía al marido no sólo en sus traslaciones nómadas habituales, sino también en sus expediciones guerreras, llegando a luchar a su lado.

Los germanos no tenían leyes escritas, pero los usos y costumbres con fuerza de ley, tendían a robustecer la independencia y organización de las tribus y de la familia, piedras angulares de la sociedad germana.

La propiedad colectiva de la tierra aseguraba la unidad y cohesión de la familia, a pesar de la jerarquía del jefe de familia no podía venderlas o enajenarlas, ya que estas se deberían de heredar al hijo mayor heredero forzoso, en su defecto al varón subsiguiente o al pariente masculino próximo. La familia se hallaba unida por lazos de solidaridad y unidad de grupo.

### Cristianismo.

El cristianismo tuvo gran importancia en la transformación de la familia y del Derecho, infundiendo en ellos un alto sentido ético. Elevó el matrimonio a la dignidad de sacramento; proclamó los principios de la igualdad, dignidad de los esposos y la indisolubilidad del vínculo; contribuyó a mitigar la antigua rudeza de la patria potestad.

La autoridad marital en la concepción católica es de tutela y protección más que poder. El "sí" de los esposos, significa la unión de los consentimientos y los cuerpos; es la voluntad de pertenecerse mutuamente en el amor, en la fidelidad, libremente consentida hasta la muerte.

### Edad Media.

En la Edad Media la familia fue un organismo económico que tenía como fin principal bastarse a sí mismo. Sembraban y cosechaban sus propios alimentos, hilaban sus telas en el desarrollo de las industrias domésticas. La familia medieval aparece a la vez como un organismo de ética muy elevada y como uno de los núcleos sociales fuertemente constituidos. La autoridad sobre la mujer es ahora una especie de tutela, que proporciona al marido una situación predominante, especialmente en los aspectos patrimoniales, pero sin anular la personalidad de la esposa. La patria potestad se transforma en un poder de protección que corresponde al padre y en el cual no se excluye a la madre.

En la familia feudal la situación en general era buena para el hijo primogénito, pero pésima para los demás y las mujeres, esto se debía principalmente al temor de desmembrar el poderío y el acervo patrimonial de un señor en varios de sus hijos, lo cual traería como consecuencia el debilitamiento del señorío feudal. Se calificaba a la propiedad desde un punto de vista familiar y no individual. Se prohibía al heredero enajenar la tierra, el sucesor era el vigilante del patrimonio.

La necesidad de aumentar la población hizo que se consideraran privilegios a los casados, estableciéndose a la vez diferentes penas contra los solteros, se conoció con el nombre de mañería a la incapacidad que tenían los célibes y casados sin hijos a disponer por testamento de sus bienes, los célibes voluntarios no eran reputados como personas públicas, ni por miembros vivos de la Municipalidad, ni podían disfrutar los honores y preeminencias dispensadas por el fuero.

El matrimonio se celebraba de acuerdo a las costumbres locales. Hacia el año 1100 hacen su aparición los primeros rituales litúrgicos del matrimonio para la Francia del Norte, es el indicio del interés de la Iglesia en la vida de las familias, se verifican los consentimientos de ambos esposos e inquietan sobre las relaciones de consanguinidad en grado prohibido que podían impedir la unión legítima.

“En las declaraciones establecidas para cada contribuyente se puede establecer la composición del hogar italiano, los campesinos viven a un promedio de seis personas por hogar en 1290 y en más de 7 en 1428, estas cifras hacen pensar que los hogares no se limitaban a una sola familia conyugal.”<sup>14</sup>

En España en las Siete Partidas del sabio Rey Don Alfonso se dice que por familia se entiende al señor, su mujer, hijos y criados. Se llama padre de familia el que es señor de su casa aunque no tenga hijos y madre de familia la que vive honestamente en su casa y es de buenas costumbres. Para realizar el casamiento se necesita el consentimiento de la voluntad de casarse y se reglamentaba todo lo relativo a los impedimentos y condiciones de los desposorios y casamientos.

Además se reglamentaba la barraganía o concubinato, la Iglesia prohibía a todo cristiano tener barraganas, sin embargo, establecía una excepción puede tenerla sin pena temporal todo el que no sea ordenado, ni casado, siempre que la que tenga no sea menor de doce años, no viuda que viva honesta, ni virgen. Para recibirla deben hacerlo ante hombres buenos, diciendo públicamente que la reciben por su barraganía: no haciéndolo así se entiende por mujer legítima mientras no pruebe lo contrario. Los hijos se clasificaban como legítimos e ilegítimos.

Fue el cristianismo y su difusión la influencia más decisiva para atemperar la tiránica situación del paterfamilias, el cual vino a ser el guía espiritual y protector maternal de la familia, así la influencia cristiana llegó hasta nuestros días otorgando más que derechos, deberes a los encargados de ejercer la patria potestad. Otra consecuencia fue dar a la mujer mayor importancia y dignidad, derivado de la indisolubilidad del matrimonio que otorgaba la iglesia.

#### La Revolución Francesa.

Con la Revolución francesa de 1789 se le quito al matrimonio su carácter religioso y se le conceptuó como un contrato, el cual se consideraba como la simple manifestación del consentimiento.

A este respecto Mazeaud afirma: “cuando se ha concluido un contrato se es libre para ponerle término por medio de un nuevo acuerdo así cabe disolver el matrimonio por voluntad común”<sup>15</sup>.

El Derecho revolucionario admite, el divorcio por mutuo consentimiento. Fue este principio libertario el que llevo a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio; el de igualdad, a distinguir que había una familia natural y una legítima.

14.- Chávez Asencio, Manuel F., Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 50.

15.- Idem.

Respecto a los principios generales de familia, los Mazeaud expresan que: “Debería haberlos incitado a suprimir la autoridad marital y la autoridad paterna.”<sup>16</sup> Respecto a la marital se hicieron algunos proyectos y, en cuanto a la autoridad paterna, pensaron en un tribunal de familia y un juez para las discrepancias entre padres e hijos; además de otros proyectos en los que se confiaba la educación de los hijos al Estado.

El matrimonio se secularizó debiendo celebrarse la ceremonia delante de un oficial municipal para que se considerara vinculante. El Estado determinó y reglamento todo lo relativo al matrimonio, sus impedimentos y su celebración.

El producto de la revolución Francesa, fue el Código de Napoleón, ratifica en menor grado, la disolución del matrimonio a través del divorcio, basado en la secularización que se hizo del matrimonio. Se estableció la autoridad marital casi absoluta, confirmando la incapacidad de la mujer respecto al manejo de sus bienes. Se negó a la mujer el derecho a la sucesión intestamentaria.

Es indiscutible que el Código Civil de Napoleón Bonaparte fijó de una manera definitiva los lineamientos de desbarajuste familiar, al considerar que “el estado no tenía necesidad de hijos bastardos”, es desconocer la realidad social. Así el Código de Napoleón fue un gran atraso en la legislación familiar en México y propicio un estancamiento prolongado hasta que Don Venustiano Carranza, el cual con carácter humano y visión socialista, promulgó en 1917 la Ley sobre Relaciones Familiares.

#### **b) México.**

Época Prehispánica. La familia nahua.

Entre los aztecas la base de la sociedad era la plebe, la comunidad era la propietaria de la tierra y no el individuo, por lo tanto, la mayor parte de las decisiones eran tomadas por voto popular. La casa (calli), se convertía en calpulli (casa grande). A nadie se le daba título de la tierra que trabajaba, sólo se le permitía hacerla producir.

La base de la familia nahua era el matrimonio al que se tenía en muy alto concepto. Era un acto exclusivamente religioso: carecía de toda validez cuando no se celebraba de acuerdo con las ceremonias del ritual, en el cual intervenían únicamente los parientes cercanos y los amigos íntimos de los contrayentes.

Cuando un mancebo tenía edad para contraer matrimonio, se reunían los padres y parientes, lo comunicaban a los maestros del mancebo, a quienes se ofrecía una comida, y además una hacha para obtener su conformidad, luego los padres se reunían de nuevo

<sup>16</sup>- Guitron Fuentevilla, Julian, ¿Que es el derecho familiar?, Segunda edición, México, Promociones jurídicas y culturales, 1988, p. 64.

para escoger a su mujer, intervenían damas de edad madura llamadas intermediarias o casamenteras, para que fueran a pedir a la virgen elegida, ella se excusaba varias veces hasta que accedía. El día escogido para el matrimonio, se celebraba una fiesta en la casa de la novia, colocaban a la novia en una estera o petate, cerca del hogar y allí pasaban a los ancianos y familiares, a saludarla, darle advertencias y consejos. Posteriormente ataban las vestiduras de los novios, dábanles de comer cuatro bocados y los metían en una cámara; los echaban en la cama y cerraban las puertas, dejándolos solos y durante cuatro días se custodiaba la cámara nupcial, cuando terminaba este ritual se consideraban marido y mujer.

Existían tres tipos de uniones, el matrimonio celebrado con el ritual acostumbrado. El provisional, sujeto a la condición resolutoria del nacimiento de un hijo y el concubinato era la unión sin llevar a cabo la ceremonia, motivada muchas veces por la falta de recursos económicos, pero se legitimaba cuando se realizaba la ceremonia de matrimonio.

El adulterio de quienes vivían en matrimonio o la infidelidad de quienes vivían en el concubinato, se castigaba con la pena de muerte. La posición de la mujer nunca fue inferior a la de el marido, aunque este fuera el jefe de familia, podía poseer bienes, celebrar contratos y acudir ante tribunales sin necesidad de autorización de su cónyuge.

En el sistema matrimonial existía una esposa legítima, con la que se habían llevado a cabo los rituales del matrimonio y un número indefinido de concubinas oficiales que tenían su sitio en el hogar y cuyo estatuto social no era objeto de burlas o desprecio.

El hombre era el jefe de familia; pero en derecho estaba en igualdad de circunstancias con su mujer, el hombre educaba y castigaba a sus hijos y la mujer a las niñas. La patria potestad era muy amplia, el padre solía vender a sus hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza le era imposible mantenerlos, también estaba facultado para casar a sus hijos, y el matrimonio que se celebraba sin el consentimiento del padre era tenido como ignominioso.

Cuando una pareja quería divorciarse, se presentaban ante los ancianos y los hombres sabios, los cuales se resistían a otorgarlo y solamente después de muchas gestiones autorizaba al peticionario para hacer lo que quisiera, podía entonces el quejoso separarse de su cónyuge, lo que equivaldría al divorcio, sólo se otorgaba la autorización por grave causa: diferencia de caracteres, mala conducta de la mujer o esterilidad.

Época Colonial.

El matrimonio, además de las disposiciones generales en el derecho canónico y la legislación de Castilla, había motivado disposiciones particulares en las Indias.

Particularidad de la obra española en América, toda ella basada en el propósito de levantar a la raza autóctona al nivel de la colonizadora y en el sentido ecuménico del Derecho, fue que éste no pusiera trabas a los matrimonios entre españoles e individuos de otras razas ya fueran indios, negros, y antes bien expresamente se autorizaba por Cédulas del 19 de Octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre españoles e indias, y en cuanto a los que aquellos celebran con negras y mulatas, no existió prohibición alguna, a pesar de haberse quejado las autoridades de Santo Domingo de la irregularidad que resultaba que los jefes militares se casaban con negras que habían sido esclavas de otras familias y que después del matrimonio se encontraban de mayores categorías que sus antiguos amos.<sup>17</sup>

Las reglas del Derecho Civil acerca del matrimonio en Indias, al igual que en España, los mayores de 25 años necesitaban para contraer matrimonio previa autorización del padre, en su defecto de la madre, de los abuelos o de los parientes más cercanos, faltando todos éstos, de los tutores debiendo en estos últimos casos obtenerse la aprobación judicial, exceptuándose en Indias, a los negros, mulatos y castas, que no fueran oficiales de milicias y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en cuyo caso deberían impetrarla de sus curas y doctrineros; los españoles cuyos padres o tutores vivieron en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad judicial.

El matrimonio contraído sin licencia no producía efectos civiles ni con relación a los cónyuges ni en lo tocante a los hijos, así es que no podían en ellos tratarse de dote legítima, mayorazgos ni otros derechos de familia.

#### México Independiente.

El sistema matrimonial se basaba en el consentimiento de los cónyuges y la intención de perdurar, no existía ley que obligara a observar cierta formalidad para que el matrimonio fuera válido, hasta que apareció el Concilio de Trento, el cual estableció que por virtud del sacramento que se obtiene entre bautizados, lo consideró competencia exclusiva de la Iglesia. El Concilio definió: a) la potestad de la Iglesia para constituir impedimentos dirimientes y dispensar de ellos; b) la competencia para juzgar las causas matrimoniales. De modo implícito quedó definido que la Iglesia posee jurisdicción por derecho propio, no por concesión de las autoridades civiles.

La lucha por asumir por parte del Estado lo relativo al matrimonio, hizo que se elaborara la teoría del matrimonio como contrato y como tal aparece hasta el siglo XVII, como medio de justificar en él la intervención del Estado implicando que su esencia está constituida por la libertad de los contrayentes, la voluntad de éstos se traducía en existencia del contrato mismo.

17.- Cfr. Chávez Asencio, Manuel F., *Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares*, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 64.

Los esfuerzos del poder civil triunfaron definitivamente en la Revolución Francesa. México no escapó de las ideas liberales y desacralizadoras que consideraron al matrimonio como un contrato civil. Cuando Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Benito Juárez, que en ese tiempo era Presidente de la Suprema Corte, lo sustituyó por ministerio de ley y posteriormente dio las Leyes de Reforma.

a) Ley Orgánica del Registro del Estado Civil del 27 de enero de 1857. Establecía en su artículo 1.- *Se establece en toda la República el Registro del Estado Civil. Todos los habitantes de la República estaban obligados a inscribirse en el registro y quien no lo estuviere no podría ejercer los derechos civiles.*

La división territorial se hizo abarcando la jurisdicción de la parroquia, así el Artículo 9 señala que: *No habrá registro sino en los pueblos donde haya parroquia, donde hubiere más de una, se llevarán tantos registros como parroquias que haya. Los registros de las poblaciones donde no hubiere parroquia se llevará en los pueblos donde ésta se haya establecido.*

En relación al matrimonio establecía en su artículo 65, que: *Celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio. Se establecía que el matrimonio tenía que ser registrado entre las cuarenta y ocho horas después de celebrar el sacramento. Y el matrimonio que no estaba registrado no producía efectos civiles.*

Los curas tenían la obligación de dar parte a la autoridad civil de todos los matrimonios que celebraran, dentro de las veinticuatro horas siguientes, dando los nombres de los consortes y su domicilio, así como si precedieron las publicaciones o fueron dispensadas bajo pena de veinte a cien pesos multa. En caso de reincidencia se daría parte a la autoridad eclesiástica para que obre como sea justo.

b) Ley de Matrimonio Civil del 23 de julio de 1859. En esta ley ya se excluye a la Iglesia de la competencia del matrimonio al establecer el artículo primero, dice que: *El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil, gozando de todos los derechos y prerrogativas que las leyes civiles les conceden a los casados.*

Prevenía que el contrato sólo puede celebrarse entre un hombre y una mujer y, como consecuencia, la bigamia y poligamia están prohibidas.

Conserva un elemento importante derivado del matrimonio canónico, al establecer al artículo 4 que *el matrimonio es indisoluble*; por consiguiente, sólo la muerte de uno de los cónyuges es el medio natural de disolverlo, pero podrán separarse temporalmente, pero esta separación legal no los deja libres para casarse con otra persona.

El artículo 15 regula las formalidades y expresa que una vez que sea manifestado el consentimiento el encargado del Registro civil les deberá leer la epístola de Melchor Ocampo que aparece textualmente y dice:

Que éste es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que éste no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal. Que los casados deben y serán sagrados el uno para el otro, aún más de lo que es cada uno para sí. Que el hombre cuyas dotes sexuales son principalmente el valor y la fuerza, debe dar, y dará a la mujer protección, alimento y dirección, tratándola siempre como la parte más delicada, sensible y fina de sí mismo, y con a magnanimidad y benevolencia generosa que el fuerte debe al débil, esencialmente cuando éste débil se entrega a él y, cuando por la sociedad se le ha confiado. Que la mujer, cuyas principales dotes son la abnegación, la belleza, la compasión, la perspicacia y la ternura, debe dar y dará al marido obediencia, agrado, asistencia, consuelo y consejo tratándolo siempre con la veneración que se debe a la persona que nos apoya y defiende, y con la delicadeza de quien no quiere exasperar la parte brusca e irritable y dura de sí mismo. Que el uno y el otro se deben y tendrán respeto, deferencia, fidelidad, confianza y ternura, y ambos procurarán que lo que el uno se espera del otro al unirse con él, no vaya a desmentirse con la unión. Que nunca se dirán injurias, porque las injurias entre los casados, deshonoran al que las vierte y prueban su falta de tino o de cordura en la elección, ni mucho menos se maltratarán de obra, porque es villano y cobarde abusar de la fuerza. Que ambos deben prepararse con el estudio y amistosa y mutua corrección de sus defectos, ala suprema magistratura de padres de familia, para que cuando lleguen a serlo, sus hijos encuentren en ellos buen ejemplo y una conducta digna de servirles de modelo. Que la doctrina que inspiren a estos tiernos y amados lazos de su afecto, hará su suerte próspera o adversa; y la felicidad o desventura de los hijos será la recompensa o castigo, la ventura o la desdicha de los padres. Que la sociedad bendice, considera y alaba a los buenos padres, por el gran bien que le hacen dándole buenos y cumplidos ciudadanos; y la misma censura y desprecia debidamente a los que, por abandono, por mal entendido cariño, o por su mal ejemplo, corrompen el depósito sagrado que la naturaleza les confió, concediéndoles tales hijos. Y por último, que cuando la sociedad ve que tales personas no merecían ser elevadas a la dignidad de padres, siendo que sólo deban haber vivido sujetas a tutela, como incapaces de conducirse dignamente, se duele de haber consagrado con su autoridad la unión de un hombre y una mujer que no han sabido ser libres y dirigirse a sí mismos hacia el bien.

En la ley dictada por Juárez se corto de raíz el control de los matrimonios llevado por la iglesia, dejando que el Estado se encargara absolutamente del registro de los matrimonios, así como señalando a los funcionarios del Gobierno, encargados de tales asuntos. Otras leyes que se dictaron para fortalecer esta posición fueron:

Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859. Esta ley en su artículo primero disponía, *el establecimiento en toda la República de funcionarios llamados jueces*

*del estado civil y que tendría a su cargo la averiguación y modo de hacer constar el estado civil de todos los mexicanos y extranjeros residentes en el territorio nacional, por cuanto concierne a su nacimiento, adopción, arrogación, reconocimiento, matrimonio y fallecimiento.*

La iglesia no podía aceptar que se le excluyera de esta materia y en agosto de 1859, los obispos emitieron un escrito expresando que todos los legisladores civiles del mundo jamás podrán despojar a la Iglesia de la más mínima de las facultades que recibió de Jesucristo; que entre estas facultades está contenida la de conocer y arreglar el matrimonio Sacramento, que solamente éste y ningún otro es válido entre los católicos; que el que éstos contraigan contra la prescripción de la Iglesia sea ilícito, que será un verdadero concubinato por más que lo declaren las leyes civiles.

Decreto Numero 5124. Ley sobre libertad de Cultos. El gobierno de Juárez, como medida adicional, expidió el 4 de diciembre de 1860 y se publicó en México el 5 de enero de 1861, el decreto sobre la tolerancia de cultos en la República Mexicana.

Señalaba que la autoridad de la Iglesia era pura y absolutamente espiritual, sin coacción alguna de otra clase y como consecuencia, en el orden civil no podría haber obligación, pena ni coacción de ninguna especie con respecto a los asuntos, faltas y delitos simplemente religiosos.

Artículo 20.- *La autoridad pública no intervendrá en los actos y prácticas religiosas concernientes al matrimonio. Pero el contrato de que esta unión dimanar queda exclusivamente sometido a las leyes. Cualquier otro matrimonio que se contraiga en el territorio nacional sin observar las formalidades que las mismas leyes prescriben, es nulo e incapaz por consiguiente de producir ninguno de aquellos efectos civiles que el derecho atribuye al matrimonio legítimo.*

c) Decretos en la época del Imperio. Durante la intervención francesa y el efímero imperio aceptado por Maximiliano en Miramar, el 10 de abril de 1864, se publicaron algunas disposiciones:

En 1865, Maximiliano proveyó lo relativo para promulgar el primero de noviembre la Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio, en cuya parte conducente disponía:

Artículo 2.- *En el Registro Civil se hará constar el estado civil de los habitantes en lo concerniente a nacimiento, adopción, arrogación, legitimación, matrimonio y fallecimiento.*

Además se fijaba la edad mínima en hombre de 18 años y la mujer de 15, pero si el hombre tuviera menos de 24 años y la mujer menos de 22 deberían obtener consentimiento de sus padres.

El artículo 24 prevenía que quienes declararan que fueren católicos y cuya declaración se hiciera constar en el Registro, no estaban exentos, por el acto civil, de contraer matrimonio conforme a las prescripciones de la religión del Estado, es decir, se estableció la obligación de contraer dos matrimonios, el civil para cumplir las leyes correspondientes y el religioso. El artículo 36 prohibía expresamente a todos los eclesiásticos que celebraran algún matrimonio sin que antes se les hubiera presentado el certificado del oficio del registro y que contara que se hubiere verificado el contrato civil. El mismo artículo establecía que: *El Estado considera como unión concubinaría los matrimonios que no se celebren con arreglo a las prevenciones de esta ley, que no reconoce en ellos la patria potestad, la legitimación de los hijos, ni ningún otro de los efectos civiles del matrimonio.*

El día 6 de julio de 1866, una vez que la comisión había aprobado de hecho el libro primero del Código Civil, como eran los deseos del Emperador, lo publicaron en el órgano periodístico oficial del Imperio, llamado el Boletín de las Leyes, apareció con el nombre de Código Civil del Imperio Mexicano.

En el artículo 32 trataba del Registro Civil, y todo lo relativo a las actas de nacimiento, legitimación o reconocimiento, actas de matrimonio y actas de fallecimiento. Y el artículo 99 definía al matrimonio como *la sociedad legítima de un sólo hombre y de una sola mujer, que se unen en el vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.* El artículo 101 determinaba que *para que el matrimonio pueda tener efectos y la ley civil lo considere tal, es necesario celebrarlo ante los funcionarios que ella establece y con todas las formas y requisitos que el mismo exige como esenciales,* estableciendo la edad mínima de 18 años para el hombre y 15 para la mujer.

En lo referente al divorcio no lo disolvía, suspendía solamente alguna de las obligaciones civiles.

Restaurada la República, Don Benito Juárez el 5 de diciembre de 1867, dictó un decreto revalidando los actos del estado civil registrados en el llamado imperio en los términos siguientes:

Artículo 1.- *Se declaran revalidados para todos los efectos legales los matrimonios celebrados en los lugares que estuvieron sometidos a la intervención extranjera o al llamado Gobierno del Imperio que pretendió establecer los siguientes casos:*

I.- *Los celebrados ante algún funcionario civil conforme las reglas por la intervención o el llamado imperio.*

II.- *Los celebrados solamente ante algún ministro de cualquier culto, conforme a las reglas del mismo, aun cuando en el lugar hubiere funcionario civil designado por la intervención o el llamado Imperio.*

d) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870. El 13 de diciembre de 1870, por decreto No. 6855, se publica el Código Civil, el que expresamente deroga toda legislación anterior.

En este Código se trata en el título cuarto de las actas del estado civil, comprendiéndose las de nacimiento, reconocimiento de hijos naturales, de las actas de la tutela, de las de emancipación, de matrimonio y de defunción.

El artículo 159, define al matrimonio como *la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida*. Establecía que el matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con todas las formalidades que ella exige. Establecía dentro de los derechos y obligaciones del matrimonio, que los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y socorrerse mutuamente.

El predominio del marido era definitivo, el marido era el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, el marido era el representante legítimo de su mujer y está no podía, sin licencia de aquél dada por escrito, comparecer en juicio por sí o por procurador, ni aún en la prosecución de pleitos comenzados antes del matrimonio pendientes en cualquier instancia.

El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio; suspende sólo algunas de las obligaciones civiles.

Clasificó a los hijos en legítimos y en hijos fuera del matrimonio, subdividiendo a estos últimos en hijos naturales y en hijos espurios, principalmente para conferirles derechos hereditarios en diferentes proporciones en razón a la diversa categoría a que pertenecían.

Confirió la patria potestad al padre en exclusiva y a falta de él lo ejercía la madre. Y fijo edad mínima para contraer matrimonio para el hombre de catorce y la mujer de doce, pero antes de los veintiún años no se podía contraer sin consentimiento del padre, o en defecto de éste de la madre.

En relación con el parentesco se establecía que: *Afinidad es el parentesco que se contrae por el matrimonio consumado o por cópula ilícita, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón. El parentesco por afinidad también se adquiría por el concubinato.*

Separado del capítulo de matrimonio, estaba reglamentado el contrato de matrimonio prevenía puede celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes.

Es indudable que el Código Civil de 1870 fue eminentemente liberalista y trascendentalmente individualista, fue uno de los resultados del pensamiento liberal del siglo XIX, del cual fueron buenos expositores los franceses. Sin embargo, podemos percatarnos que el legislador de 70 no le da mayor importancia a la familia, pues la preocupación era propiamente el individuo y no tomar en cuenta el interés social, el cual en la actualidad es y debe ser el preponderante en cualquier ordenamiento jurídico.<sup>18</sup>

Ley constitucional del 25 de septiembre de 1873, por decreto 7200 se adiciona y reforma la Constitución Federal de 1857. Señala en el artículo primero que: *El Estado y la Iglesia son independientes entre sí.*

El artículo 2 establecía que: *El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas leyes atribuyan.*

Decreto del 14 de diciembre de 1874. Este decreto número 7329 se refiere a las leyes de Reforma que seguirán observándose en lo relativo al registro civil, mientras los estados expidan las que deben dar.

En la sección V, que trata del matrimonio, confirma el artículo 22, que: *El matrimonio es un contrato civil y tanto él como los demás actos que fijan el estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios del orden civil en los términos prevenidos por las leyes y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.* El matrimonio civil no podrá celebrarse más que por un hombre con una sola mujer, siendo la bigamia y la poligamia delitos que las leyes castigan. El matrimonio civil no se disolvía sólo por la muerte de uno de los cónyuges y las leyes solo admiten separación temporal. Se dejaba la libertad de los casados recibir o no las bendiciones de los ministros de su culto, los cuales no producirían efectos legales.

e) Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884. Se considera este Código como una copia del publicado en 1870. Introdujo como única innovación importante el principio de la libre testamentación que abolió la herencia forzosa, es decir, se suprimió el sistema de herederos forzosos (legítimos) por el cual el testador no podía disponer de ciertos bienes por estar signados legalmente a sus herederos.

f) Decreto del 12 de diciembre de 1914 que modifica y adiciona el Plan de Guadalupe, en su artículo primero establece que subsiste el Plan de Guadalupe del 26 de marzo de 1913 y el C. Venustiano Carranza continuará en su carácter de primer jefe de la revolución Constitucionalista, el cual expedirá y pondrá en vigor durante la lucha todas las

18.- Cfr. Guitron Fuentevilla, Julian, *¿Que es el derecho familiar?*, Segunda edición, México, Promociones jurídicas y culturales, 1988, p. 98.

leyes y disposiciones y medidas encaminadas a dar satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país... organización del Poder Judicial independiente, tanto en la Federación como en los Estados, revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas; disposiciones que garanticen el estricto cumplimiento de las Leyes de Reforma, revisión de los códigos civil, penal y de comercio. Surgiendo los:

Decretos de don Venustiano Carranza. Cuando era todavía sólo el jefe de uno de los diversos bandos en plena guerra civil, Venustiano Carranza expidió desde Veracruz dos intempestivos Decretos, uno el 29 de diciembre que modificó la mencionada Ley Orgánica de 1874 de las Adiciones y Reformas a la Constitución que reconocía la indisolubilidad del matrimonio y el decreto del 29 de enero de 1915 reformó el Código Civil del Distrito Federal para establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba separación del lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los consortes en aptitud de contraer una nueva unión legítima.

La exposición de motivos de tal decreto daba como razones “ El divorcio que disuelve el vínculo es un poderoso factor de moralidad, porque facilitando la formación de nuevas uniones legítimas, evita la multiplicidad de los concubinatos, y por lo tanto, el pernicioso influjo que necesariamente ejercen las costumbres públicas; da mayor estabilidad a los efectos y relaciones conyugales; asegura la felicidad de mayor número de familias y no tiene el inconveniente grave de obligar a los que, por error o ligereza, fueron al matrimonio, a pagar su falta con la esclavitud de toda su vida”.<sup>19</sup>

Fue muy acertada la protección hondamente social de esta ley, al regularizar atinadamente a la sociedad y a la familia, pues se estaban promiscuando alarmantemente por el concubinato, por la proliferación de hijos ilegítimos y por el amargo resabio dejado por una legislación que había bloqueado el camino para formar nuevos hogares legítimos, en armonía con la dignidad humana.

g) Constitución de 1917. Venustiano Carranza el 14 de septiembre de 1916, promulga la convocatoria al Congreso Constituyente, quien después de arduos trabajos pública el 5 de febrero de 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos actualmente en vigor. El artículo 130 incorpora, en uno de sus párrafos, lo relativo al matrimonio y establece que es un contrato civil, éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes y tendrán fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

El artículo 3 después de varias reformas en su artículo c) dice: *Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporta a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la*

19.- Sánchez Medel, Ramón, Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México, Segunda edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1991, p. 22.

*familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuando por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos en todos los hombres, evitando privilegios de raza, de secta, de grupos, de sexos o de individuos.*

El artículo 4 previene que: *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos.*

Actualmente por reforma constitucional se consagra el derecho a la vivienda *Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.*

h) Ley sobre Relaciones Familiares. El 9 de abril de 1917, expide Venustiano Carranza la Ley Sobre Relaciones Familiares, ley autónoma del Código Civil, que se considera con vicio de origen por haber sido expedida y promulgada cuando ya existía un Congreso a quien correspondía darle vida. Esta ley derogó los capítulos y títulos relativos al Código Civil de 1884.

El artículo 13 define al matrimonio, no como un contrato social según los Códigos Civiles anteriores, sino como un contrato civil de acuerdo con la definición Constitucional, y agrega que: *es un vínculo indisoluble que tiene por objeto perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida.*

El artículo 75 señala que: *el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro*, estableciéndose no sólo el divorcio necesario sino también el de mutuo consentimiento.

Dentro de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, previene el artículo 40 que: *Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio y a socorrerse mutuamente.* Se establece la obligación, con cargo a la mujer, de vivir con el marido, exceptuando cuando éste se ausente de la República, o se instale en un lugar insalubre.

Borro la distinción entre hijos naturales e hijos espurios, o sean los adulterinos, los incestuosos, dispuso que los hijos naturales sólo tendrán derecho a llevar el apellido del progenitor que los había reconocido y deliberadamente omitió consignar el derecho a alimentos y el derecho a heredar en relación con dicho progenitor.

Se introduce la adopción en nuestro Derecho Civil, Institución que desde el proyecto del Código Civil de Justo Sierra el año de 1861 había sido desconocida por considerarse enteramente inútil y del todo fuera de nuestras costumbres, por lo que la omitieron de los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

i) Código Civil de 1928. Para comprender mejor nuestro Código Civil actual veremos su exposición de motivos que le dieron origen donde encontramos: La profunda transformación que los pueblos han experimentado a consecuencia de su desarrollo económico de la preponderancia que ha adquirido el movimiento sindicalista, del crecimiento de las grandes urbes, de la generalización del espíritu democrático, de los nuevos descubrimientos científicos realizados, y de la tendencia cooperativa cada vez más acentuada, han producido una crisis en todas las disciplinas sociales y el derecho que es un fenómeno social, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que las sociedades experimentan. Lo que se pretendía era la socialización del Derecho, para que éste no constituyera un privilegio o un medio de dominación de una clase sobre otra.

En este Código se trata por primera vez sobre el concubinato, la exposición de motivos señala que el concubinato no va en contra del matrimonio ni es demérito de esa forma moral y legal de constituir la familia pero que el legislador no puede quedar al margen de estos problemas sociales que en alguna forma se reconocen.

El reconocimiento que se hace es indirecto. Las relaciones entre concubinarios no aparecen reguladas, originalmente sólo tenía derecho a los alimentos cualquiera de los concubinarios en caso de sucesión legítima. Señalaba que los concubinos deben vivir como si fueran marido y mujer durante cinco años o menos, si tuvieren hijos y han permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Introduce el divorcio administrativo, establece y reglamenta la institución del patrimonio familiar. El régimen de bienes dentro del matrimonio debe establecerse necesariamente en cualquiera de las opciones señaladas de sociedad conyugal o separación de bienes. Se autoriza la investigación de la paternidad a los hijos nacidos fuera de matrimonio. Se extiende la obligación de proveer alimentos hasta los parientes dentro del cuarto grado colateral.

También se proyecta en las leyes federales, como observamos en la Ley Federal del Trabajo en el artículo 501 que hace referencia al concubinato, la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (artículo 72, 92 frac. I y 152), así como la Ley de Reforma Agraria en su artículo 82 y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado en su Artículo 32, fracción I.

Modificaciones al Código Civil de 1928. Dentro de las modificaciones más destacadas conviene referirnos a la realizada en 1975 en varios artículos del Código Civil, al celebrar el año internacional de la mujer, se propuso modificación para reglamentar la absoluta igualdad del varón y la mujer.

Destaca el artículo 162 que se adiciona para comprender lo que la Constitución ya se había consagrado en relación a la paternidad responsable y expresa que, *toda persona tiene el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el*

*espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.*

Otros artículos van orientados a la participación económica para el sostenimiento del hogar de ambos cónyuges. La responsabilidad de ambos cónyuges al manejo del hogar y la formación y educación de los hijos y en la administración de los bienes de estos, que antes en lo relativo a la dirección y cuidado del trabajo del hogar estaba reservada a la mujer.

j) Modificaciones actuales. Las modificaciones más importantes fueron las realizadas en el año 2000 en el Código Civil para el Distrito Federal siendo las siguientes: Se extiende la obligación de declarar el nacimiento de un niño a cualquier ascendiente sin limitación de grado o a cualquier persona en cuya casa hubiere tenido lugar el nacimiento, lo que otorga un principio de seguridad jurídica puesto que ahora se reconocen las responsabilidades, derechos y deberes de la familia.

Se reforma de acuerdo con los principios de igualdad y dignidad, se elimina toda distinción por razón del nacimiento o por el estado civil de los padres, eliminando el concepto de hijos nacidos fuera del matrimonio, así el artículo 338 bis establece que: *La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.* Este artículo tiene por objeto señalar que cualquiera que hubiese sido la forma en que se estableció el vínculo de filiación entre los padres y sus descendientes, fuere el nacimiento natural o biológico, la adopción, la obtenida por técnicas de reproducción asistida, o la determinada por una sentencia ejecutoriada, ésta no deberá influir para que se establezcan prácticas discriminatorias. Como consecuencia se admite actualmente únicamente la adopción plena, considerando al adoptado como hijo consanguíneo sin establecer ninguna distinción.

Aspecto importante resulta el de las pruebas de filiación de los hijos respecto de las cuales el artículo 340 es modificado, de forma que no se hace distinción respecto de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, por lo que se elimina el acta de matrimonio como prueba y se limita al acta de nacimiento de los hijos, así el artículo 340 establece que: *La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.*

Se establece el principio de investigación ya no sólo de la paternidad sino también de la maternidad. Sin embargo, se admiten como medio para impugnar la paternidad las pruebas científicas, es importante reconocer que las pruebas biológicas en la actualidad representen sin duda los mejores métodos para poder resolver los conflictos de intereses que se involucran en los juicios de impugnación e investigación de la paternidad, ya que es de interés social que se cumplan con los derechos y obligaciones derivados de la filiación.

Hasta aquí la somera relación sobre la evolución histórica de la familia en nuestro país.

### 1.3.- FUENTES DE LA FAMILIA.

El origen de las relaciones familiares, dentro del derecho las encontramos, en instituciones básicas como son: el matrimonio, el concubinato, la filiación y el parentesco.

#### **Matrimonio.**

El Código Civil para el Distrito Federal define al matrimonio en su artículo 146 diciendo que *es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la responsabilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige.*

El término matrimonio implica fundamentalmente dos acepciones:

1.- Como acto jurídico, el matrimonio es un acto voluntario efectuado en un lugar y tiempo determinado, ante el funcionario que el estado designa para realizarlo.

2.- Como estado matrimonial, el matrimonio es una situación general y permanente que se deriva del acto jurídico, originando derechos y obligaciones que se traducen en un especial género de vida.<sup>20</sup>

La celebración del matrimonio (acto), produce un efecto primordial: da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre los cónyuges (Estado).

Las relaciones jurídicas que dan forma al estado de matrimonio, tienden todas ellas a asegurar una comunidad de vida permanente entre los cónyuges. La comunidad de vida entre los cónyuges es el elemento fundamental, constitutivo del matrimonio, en cuanto que, a través de esa vida en común, es posible la realización de los fines de la institución en forma cabal.

El matrimonio forma un estado entre los consortes constituidos por un conjunto de vínculos que impone deberes y derechos, que no pueden ser renunciados por la sola voluntad de las partes, permanentes, recíprocos y que establecen un conjunto de relaciones de contenido ético jurídico.

Es la naturaleza del matrimonio que el estado mismo sea duradero y no fugaz o transitorio, aunque pueda ser disuelto por muerte de los cónyuges, por nulidad del matrimonio o por divorcio, cuando proceda.

20.- Cfr. Baqueiro Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, p. 37.

Los deberes impuestos a los cónyuges, que forman el contenido esencial del complejo de relaciones jurídicas de esa comunidad de vida entre los cónyuges, tradicionalmente se designan como:

a) El deber de cohabitación.- Los cónyuges vivirán juntos, en el domicilio conyugal, así lo establece el artículo 163 del Código Civil para el Distrito Federal.

Cohabitar significa habitar una misma casa, vivir bajo el mismo techo el marido y la mujer. Este deber jurídico, la vida común de los cónyuges, es esencial en el matrimonio.

El vínculo jurídico por el cual los cónyuges están obligados a vivir juntos, se impone a los consortes, porque como elemento esencial del estado de matrimonio, hace posible en forma natural, el cumplimiento de los deberes de fidelidad y de ayuda recíproca.

El cumplimiento del deber de cohabitación, es un supuesto o condición indispensable para la existencia de esa comunidad de vida íntima entre los consortes, en la que se sustenta el matrimonio. Al deber de cohabitación de un cónyuge, corresponde en el otro, el derecho de vivir al lado del consorte, se da la reciprocidad.

La vida común de los consortes (comunidad de lecho, mesa y habitación) se convierte en un deber jurídico y esa vida en común que se impone a los cónyuges, en el ordenamiento jurídico encuentra sanción, como causal de divorcio.

Sin embargo, los consortes pueden ser eximidos por la autoridad judicial del cumplimiento de este deber, en los casos en que alguno de los cónyuges, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social; o se establezca en lugar que ponga en riesgo su salud e integridad.

El domicilio conyugal es la casa en que los cónyuges han convenido en establecer su común morada y donde disfrutan de autoridad propia y consideraciones iguales.

La esencia de la institución jurídica matrimonio, esa íntima unidad de vida de los consortes, que se realiza y manifiesta exteriormente en el deber de cohabitación.

b) El deber de ayuda mutua.- Este deber es correlativo al deber de convivencia. Implica el deber de socorro que ha de existir entre los esposos. El artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal enuncia el deber de asistencia, de ayuda recíproca, impuesto a cada uno de los cónyuges *Marido y mujer deben socorrerse mutuamente.*

El contenido primordial del deber de socorro reside en la obligación alimentaria recíproca, para cumplir con él, los cónyuges deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar, de la forma que libremente establezcan según sus posibilidades.

El monto de lo aportado a tal sostenimiento no altera la igualdad que debe existir en relación con la autoridad familiar, aun en el caso de que uno solo de los esposos aporte la totalidad de los gastos, por convenio o por encontrarse el otro imposibilitado de trabajar y no contar con bienes propios. La ley concede derecho preferente a los cónyuges sobre los ingresos del otro para el sostenimiento de la familia.

La ayuda mutua igualmente implica la administración de bienes comunes, según lo establecido en las capitulaciones matrimoniales; y solo requerirá el administrador la autorización del otro para los actos de dominio, disposición y gravamen. Cada uno es libre administrador de sus bienes propios sin que puedan cobrarse los servicios que al efecto presten.

El socorro mutuo que deben prestarse los cónyuges es un deber más amplio que la obligación de dar alimentos. Esta obligación se refiere a la satisfacción de las necesidades de subsistencia del acreedor alimenticio. El socorro recíproco comprende a demás el consejo, la dirección, el apoyo moral con los que un cónyuge debe ayudar al otro, en las vicisitudes de la vida.

c) El deber de fidelidad.- Los derechos y obligaciones que concretamente se imponen a los cónyuges, tienen en el matrimonio fuentes normativas primordiales éticas, sociales y religiosas, que el derecho, reconoce como parte integrante de la institución y las hace suyas. El deber de fidelidad, es un concepto de contenido moral que protege no sólo la dignidad y el honor de los cónyuges, si no la monogamia, base de la familia.

En forma indirecta el cumplimiento de este deber se halla garantizado jurídicamente, porque su violación constituye una causal de divorcio, el adulterio (artículo 267 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal), o castigándolo como el delito de bigamia (artículo 279 del Código Penal para el Distrito Federal).

Al deber de fidelidad corresponde el derecho recíproco de los cónyuges de exigir del otro, la prestación del débito conyugal. Constituyendo el acto propio de la perpetuación de la especie, considerada por nuestro Código Civil como uno de los fines primordiales del matrimonio. Los cónyuges deben decidir de común acuerdo el número y espaciamiento de los hijos. La negativa el trato carnal entre los cónyuges se ha considerado como una injuria grave que se sanciona con el divorcio.

El deber de fidelidad, no sólo implica la abstención de contactos sexuales matrimoniales, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos, revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes.

Estos actos pueden dar lugar a una injuria grave, lesionar el honor y la dignidad del cónyuge inocente, en cuanto revelan que el culpable, no otorga a su consorte el lugar que en la vida de aquél debe tener éste como esposo o como esposa; es decir, revelan que se ha roto la íntima comunidad espiritual y no sólo la externa o material que debe existir en el matrimonio, al grado que se ha hecho imposible la estrecha amistad de los consortes, a fin de que esa unión sea más íntima y el afecto más fuerte.

Tan altas finalidades exigen que la colaboración conyugal sea permanente, prolongada mientras subsiste el lazo conyugal. Tal colaboración y coordinación de intereses, encuentra en el derecho los medios para reforzar a través de diversas disposiciones jurídicas, la solidez y permanencia de la unión entre los consortes. Esa comunidad de vida entre el varón y la mujer, es un hecho natural que se impone al derecho y que éste eleva a la categoría jurídica, para organizarlo y sancionarlo por medio del complejo de relaciones jurídicas que constituyen ese estado.

La perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los cónyuges para realizar los fines individuales o particulares o para “compartir su común destino”, no agota ciertamente, el concepto esencial del matrimonio. La ayuda mutua, la perpetuación de la especie, el destino común de los cónyuges, pueden ser los motivos para celebrar el matrimonio; todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera del matrimonio. Lo esencial del matrimonio, desde un punto de vista jurídico, radica en que a través de él la familia como grupo social, encuentra adecuada organización jurídica; la seguridad y certeza de las relaciones entre los consortes, la situación y estado de los hijos, de sus bienes y sus derechos familiares. El estado de matrimonio, a través de la seguridad y la certeza que le imparte el Derecho, fortalece al grupo familiar y permite que cumpla las finalidades sociales éticas y aun económicas que le competen dentro de la comunidad.

### **Concubinato.**

En nuestro medio jurídico el Código Civil de 1928, actualmente en vigor, ha reconocido el concubinato, como una realidad que se vivía y que se vive en la sociedad. La exposición de motivos de ese Código, dice:

“Hay entre nosotros, sobre todo en las clases populares, una manera peculiar de formar la familia; el concubinato. Hasta ahora se habían quedado al margen de la ley los que en tal estado vivían; pero el legislador no debe cerrar los ojos para no darse cuenta de un modo se ser generalizado en algunas clases sociales, y por eso en el Proyecto se reconoce que produce algunos efectos jurídicos el concubinato, ya en bien de los hijos, ya en favor de la concubina, que al mismo tiempo es madre, y que ha vivido por mucho tiempo con el jefe de la familia. Estos efectos se producen cuando ninguno de los que viven en concubinato es casado, pues se quiso rendir homenaje al matrimonio, que la Comisión considera como la forma legal y moral de constituir la familia, y si se trata del concubinato,

es, como se dijo antes, por que se encuentra muy generalizado, hecho que el legislador no debe ignorar”.<sup>21</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal, no da una definición de concubinato, sino establece los requisitos para se considere como tal, así el artículo 291 bis establece que: *La concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones a los que alude este capítulo.*

*No es necesario el transcurso del período mencionado cuando, reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.*

*Si con una misma persona se establecen varias uniones de tipo antes descrito, en ninguna se reputará concubinato. Quien haya actuado de buena fe podrá demandar del otro, una indemnización por daños y perjuicios.*

Para que nuestro derecho reconozca una unión como concubinato resultan indispensables los siguientes requisitos que, siguiendo la tradición, el Código señala:

a) Que la vida en común sea permanente; esto es, que la relación haya durado más de dos años o que antes hayan nacido hijos (no cualquier unión transitoria puede calificarse como concubinato).

b) Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato.

c) Que se trate de una sola concubina por concubinario.

La cohabitación entre hombre y mujer (si ambos son solteros) la vida en común más o menos prolongada y permanente, es un hecho lícito, que produce efectos jurídicos, pero requiere, para que el concubinato sea reconocido como tal, que tanto el hombre como la mujer que llevan vida en común sin estar casados entre sí, sean solteros. La unión sexual que existe entre un hombre y una mujer, cuando alguno de ellos o ambos, son casados, constituye por el contrario una causal de divorcio.

Se distingue el matrimonio del concubinato, en que el matrimonio produce plenitud de efectos jurídicos, derechos y obligaciones, facultades y deberes, tanto entre los cónyuges y con relación a los hijos; da lugar al parentesco por afinidad y se proyecta sobre bienes de ambos consortes; en tanto que los efectos del concubinato reconocidos por la ley son limitados. El matrimonio es un acto y un estado que el derecho sanciona y protege plenamente.

21.- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, México, Editorial Porrúa S. A., 2002, p. 503.

Aún en legislaciones como la nuestra, que reconoce la disolubilidad del vínculo matrimonial por medio del divorcio, ésta ha de ser pronunciado por un órgano del poder público, después de que ha quedado probada plenamente la existencia de causas graves y que hacen imposible o no deseable socialmente la vida conyugal; mientras que el concubinato puede ser disuelto, en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los concubenarios, sin que el derecho intervenga o deba intervenir para procurar el mantenimiento de esa situación de hecho, cuya solidez y permanencia es jurídicamente indiferente y queda abandonada a la sola voluntad de los concubenarios.

El ordenamiento jurídico por lo que se refiere al concubinato como situación de hecho, sólo se ocupa de algunas de las consecuencias que derivan de ese tipo de uniones irregulares en protección de los intereses particulares de los concubinos y de los hijos habidos durante tal situación.

### **Filiación.**

Por lo que concierne a la filiación solo se hará una breve semblanza ya que nos adentraremos de manera más amplia en el siguiente capítulo.

La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo; esta relación representa necesariamente el nacimiento de un conjunto de derechos y obligaciones exigibles entre padres e hijos.

Esta institución pretende regular el fenómeno de la procreación tanto dentro como fuera del matrimonio. Sin embargo, no agota ahí su importancia, pues se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija, tal caso es la adopción.

La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.

### **Parentesco.**

“El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituye la familia”.<sup>22</sup>

Generalmente se señalan como fuentes constitutivas del parentesco, es decir, como fuentes de la familia, el matrimonio, la filiación y la adopción.

El Código Civil para el Distrito Federal reconoce tres clases de parentesco:

<sup>22</sup>- Ob. cit., p. 465.

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

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

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

El parentesco de afinidad, es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos.

El parentesco civil es el que nace de la adopción.

Líneas y grados.

Para determinar la cercanía del parentesco, la ley establece grados y líneas de parentesco.

1.- El grado de parentesco está formado por cada generación. Todas las personas de una generación están en el mismo grado de parentesco respecto del antecesor o ascendiente. Por ejemplo, todos los hijos de un padre, sin que importe si nacieron o no de la misma madre o si nacieron antes o después, pertenecen a la misma generación y se encuentra en el mismo grado de parentesco, respecto a su progenitor.

2.- La línea de parentesco se conforma por las series de grados de parentesco o generaciones. Por ejemplo, cada uno de los hijos de un padre y los hijos de sus hijos, o sea sus nietos forman una línea.

La línea de parentesco puede ser recta o transversal:

a) La línea recta de parentesco se forma por parientes que descienden unos de los otros. Por ejemplo, padres, hijos, nietos, bisnietos. Pueden considerarse de forma descendiente (del abuelo al nieto) y ascendente (del nieto al abuelo).

b) La línea transversal o colateral de parentesco es la que se encuentra, formada por dos líneas rectas que coinciden en un progenitor común; esto es, los parientes no descienden unos de los otros pero reconocen como progenitor común a un abuelo, aunque unos no sean, descendientes de los otros.

La línea transversal o colateral de parentesco puede ser igual o desigual, dependiendo de la distancia generacional que exista entre el pariente de cada línea recta

respecto del progenitor común. Estamos frente a una línea transversal o colateral igual de parentesco; cuando la distancia generacional que existe entre los parientes de cada línea recta, es la misma: los hermanos entre sí y los primos respecto de otros primos.

Efectos del parentesco:

El parentesco consanguíneo atribuye derechos y crea obligaciones y entraña incapacidades.

- a) El derecho a heredar en la sucesión legítima.
- b) La obligación de dar alimentos.
- c) La tutela legítima.

d) Prohibiciones de diversa naturaleza. La principal consiste en el impedimento para contraer matrimonio, el parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendente o descendente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. El colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa (artículo 156 fracción III).

El Código Civil para el Distrito Federal prohíbe al juez del Registro Civil autorizar actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes (art. 49); incapacidad para heredar al médico que atendió al autor del testamento en su última enfermedad y a los parientes del propio médico (art. 1323), salvo que uno u otros sean a su vez parientes del testador, así como al notario, testigos y a los parientes de uno y otro (art. 1324); prohíbe ser testigo del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (art. 1502 fracción IV).

El Código Procesal del Distrito Federal en el artículo 170 en sus fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV impide forzosamente a todo magistrado, juez o secretario, conocer de los casos en que intervengan sus parientes; el perito que sea consanguíneo dentro del cuarto grado de alguna de las partes puede ser recusado (art. 351 fracción I).

La afinidad produce los siguientes efectos. Es impedimento para celebrar matrimonio (artículo 156 fracción IV).

El parentesco civil produce los mismos efectos que el parentesco consanguíneo, al establecer el artículo 410-A que: *El adoptado se equipara al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos del matrimonio.*

#### **1.4.- FINES DE LA FAMILIA.**

La familia está integrada por personas en la cual debe haber equilibrio entre los fines de sus miembros y los fines de la familia como institución natural, ambos aspectos están íntimamente unidos, es un conjunto armónico, porque al desarrollarse la familia se desarrollan sus integrantes.

En relación con los miembros, la familia busca formarlos como personas y educarlos en la fe o en una formación espiritual. La familia como institución natural debe tener un fin que se concreta en participar como núcleo en el desarrollo integral de la sociedad. Observándose que los tres fines se interrelacionan. Los miembros promovidos y formados colaboran en forma individual y también como miembros de la familia, para que ésta participe en el desarrollo social.

##### **Formación de personas.**

La familia es el núcleo básico y fundamental de la sociedad. La formación de personas comprende a la persona en lo físico y en lo espiritual, comprende al hombre en lo individual y como parte de la sociedad.

El aspecto de formar personas le corresponde por naturaleza a la familia, y está lo conserva como fin propio. No se pretende sólo la formación de los hijos, aunque esto es fundamental y primordial, porque en la familia también se forman los cónyuges entre sí y como padres, al ejercer su paternidad e ir formando a sus hijos.

La presencia e influencia de los modelos distintos y complementarios que son el padre y la madre, el vínculo de afecto, el clima de confianza, intimidad, respecto y libertad, el cuadro de vida social con una jerarquía natural pero matizada con aquel clima, todo converge para que la familia se vuelva capaz de plasmar personalidades fuertes y equilibradas en la sociedad.

La educación debe ser integral, personal y social para que sus miembros puedan incorporarse a la sociedad y transformarla para mejorarla.

La familia constituye el lugar natural y el instrumento más eficaz de humanización y de personalización de la sociedad; colabora de una manera especial y profunda en la construcción del mundo.

Para que la familia sea formadora de personas, se requiere fomentar las relaciones que entre sus miembros existen. Los miembros de la familia necesariamente deben hacer valoraciones en relación a las situaciones u oportunidades que se les presentan; partiendo de las valoraciones, según su criterio y formación, para la toma decisiones libres; para la

toma de decisiones muchas veces se requiere el apoyo de los miembros de la familia. Así se genera un ciclo que no debe interrumpirse, que comprende; las relaciones interpersonales, valoraciones y decisiones libres.

### **Educadores de la fe.**

La formación de personas y la educación de la fe es un proceso educativo que debe traducirse en una acción permanente por parte del educador, de ayuda auténtica hacia el educando.

En los instrumentos internacionales se hace hincapié en la función que desempeña la familia en la educación, que incluye la transmisión de cultura tradicional y de la religión. Los miembros de la familia formados en lo material y en lo espiritual, se incorporan en la sociedad para cumplir su responsabilidad en la transformación del mundo, para que en éste reine la paz, la justicia y el amor.

### **Participación en el desarrollo social.**

La familia como núcleo está comprometido al cambio social. La familia ocupa una posición clave dentro de la comunidad y tiene dos vertientes; una mira a la sociedad y otra mira al individuo. La función esencial de la familia es la de proveer a la sociedad de personas perfectamente formadas, habiéndolas provisto de todo lo necesario para que ellas mismas cuestionen y asuman los valores de la sociedad y desempeñen el papel que les corresponde a cada una. Por la otra vertiente, que mira al individuo, la familia es un elemento moderador y catalizador, porque si el joven ha de ser llevado a integrarse a la sociedad por la familia, también ha de ser ayudado y de alguna forma protegido del ambiente hostil.

Para que la familia sea promotora del desarrollo social integral, debe a su vez estar íntegramente realizada. Si está desintegrada, su importancia real deja de ser efectiva, para convertirse en un obstáculo en la promoción de los valores humanos.

Los problemas sociales que contemplamos en nuestra comunidad no podrán ser superados, ni la sociedad transformada, sin previo cambio interior personal que se da primordialmente en la familia.

La familia como agente de cambio social tiene una gran responsabilidad, es la familia que actúa, que está presente en la sociedad como un agente de cambio o como un obstáculo al cambio.

## CAPÍTULO 2.

### 2.- FILIACIÓN.

#### 2.1.- CONCEPTO.

Entre los conceptos más importantes de filiación encontramos los siguientes:

Etimológicamente la palabra filiación proviene del latín *filus, filii*, hijo.

Rojina Villegas establece que el “término filiación en el derecho tiene dos connotaciones en sentido amplio, comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc, sino también en la línea descendente, para tomar, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Y en sentido estricto, es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo”.<sup>23</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal define la filiación en su artículo 338 diciendo que *es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros* y será el concepto que tomaremos como referencia por establecerlo nuestro ordenamiento jurídico.

A través de esta figura jurídica el derecho de familia pretende regular el fenómeno de la procreación tanto en el matrimonio como en el concubinato, sin embargo, no agota ahí su importancia, ya que se extiende a personas extrañas creando entre ellas un vínculo jurídico como si fueran padre o madre e hijo o hija, tal es el caso de la adopción. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen fundados en el principio de igualdad.

El esquema a través del cual se perfila en el derecho mexicano tiene como base de sustento un principio constitucional; *toda persona tiene el derecho de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos*, consagrado en el artículo 4 de nuestra Carta Magna, mismo que apunta también, *Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos.*

23.- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, México, Editorial Porrúa S. A., 2000, p. 451.

*Agregando que el Estado otorgará las facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.*

Siendo una garantía individual de la que gozan todos los menores; consecuentemente, es responsabilidad del Estado, no sólo respetarla, sino promover a través de las instituciones públicas la satisfacción de las necesidades de los menores.

Es evidente que el deber primario es de los padres, como principales obligados como procreadores y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad. Reflejando la toma de conciencia en el ejercicio responsable de la paternidad y maternidad. En forma subsidiaria el Estado deben dar el apoyo necesario para la promoción y protección de los menores y auxiliar a los padres en su deber de tales.

La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras. Su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por la que particularmente toma el nombre de filiación.

Como hechos jurídicos relacionados con la filiación tenemos la concepción, la gestación y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico, es decir, la filiación como estado jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos.

“La concepción, es la referencia del Derecho, para la determinación de la paternidad y maternidad, de aquí que el Derecho atribuya personalidad jurídica al concebido y no necesite del nacimiento para reconocerle personalidad. Por lo tanto, el embarazo o gestación entran dentro de la protección del Derecho, y de aquí que se penalice, en ciertos casos el aborto como delito”.<sup>24</sup>

Con el nacimiento se inicia el estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubino. También se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado de hijo.

“La filiación constituye, por lo tanto, un estado jurídico que consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación se continuarán produciendo esas consecuencias”.<sup>25</sup>

24.- Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho (Relaciones jurídicas paterno filiales)*, Tercera edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 21.

25.- Ob. cit., pp. 21, 22.

El estado jurídico se origina por la procreación, como un hecho del hombre que el Derecho toma en cuenta, del cual se genera, entre procreantes y procreado, un complejo de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones. Se limita este estado jurídico a los padres y los hijos.

Pero con las técnicas de reproducción asistida, se ha propiciado que la filiación ya no sólo se determine por la relación de consanguinidad, ya que no siempre corresponde el varón o la mujer que aportaron los gametos para la concepción, con los padres sociales, es decir, aquellos que desean asumir todas las responsabilidades de la maternidad y la paternidad en relación al hijo.

Conforme a la naturaleza, no hay hijos sin padre y madre; conforme al Derecho puede haber hijos sin padre ni madre, ya sea porque se desconozcan o porque sabiéndose su identidad, no se hayan llenado las formalidades o cumplido los requisitos para que nazca la relación jurídica de filiación.

Es decir, la filiación como vínculo jurídico no es sólo biológica, se requiere adicionalmente el reconocimiento legal. El Derecho está presente, pues no puede haber filiación sin que la defina la ley. Lo usual es que la ley se base en la biología para generar el vínculo jurídico, pero tenemos también la filiación derivada de la adopción que no tiene nexo biológico alguno, pero genera de igual forma un estado jurídico entre el o los adoptantes y el o los adoptados.

Del hecho del nacimiento o de la adopción, se desprende un complejo de deberes y obligaciones, derechos y facultades recíprocas entre las dos partes de dicha relación; el padre y la madre en un extremo de ella y el hijo en el otro extremo.

## **2.2.- DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN.**

La filiación que tiene lugar por la naturaleza, presupone un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres. Cuando ese nexo biológico puede acreditarse, la paternidad o la maternidad queda, jurídicamente determinada. Determinación es, entonces, la afirmación jurídica de una realidad biológica presunta.

La determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial.

Es legal, cuando la propia ley, con base en ciertos supuestos de hecho, la establece. Es voluntaria cuando la determinación proviene de la eficacia que se atribuye al reconocimiento, expreso o tácito, del hijo. Finalmente, es judicial la determinación que resulta de la sentencia que declara la paternidad o la maternidad no reconocida, basándose en las pruebas relativas al nexo biológico.

## Determinación legal de la filiación.

### Maternidad.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente, perfectamente conocido. Los elementos para la filiación en relación a la maternidad son el parto y la identidad del hijo.

Por lo tanto, en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, tanto en el matrimonio como en el concubinato. El alumbramiento se puede constatar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que el “parto sigue al vientre” (*partus sequitur ventrem*) o la maternidad, en sentido biológico siempre es cierta (*mater semper certa est*).

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo, es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo o con el acta de nacimiento.

Probar la filiación dentro del matrimonio no es problema, por regla general todos están en espera del que va a nacer y es motivo de alegría el nacimiento de los hijos, por lo que ninguno lo desconocerá y habrá pruebas suficientes de la identidad del hijo. Por lo que refiere al concubinato se tendrá que probar la identidad del hijo respecto a la madre.

Para facilitar la identidad, es por lo que el artículo 55 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *Tiene obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los ascendientes sin distinción alguna dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquel.* También los médicos cirujanos o partera que hubieren asistido el parto tienen la obligación de dar aviso del nacimiento al Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene cualquier persona en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, y los directores o encargados del sanatorio, bien sean particulares u oficiales. Para el efecto de la identificación, se exige la presentación del niño. Esta obligación se aplica tanto para los hijos nacidos en matrimonio, como los nacidos dentro del concubinato.

El artículo 60 del ordenamiento anteriormente señalado reafirma lo expuesto al establecer que: *El padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos.* Agregando que: *Cuando no estén casados, el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.*

Sin embargo, el hecho objetivo del parto que legalmente determina la maternidad puede suscitar dificultades si quien dio a luz al niño adujere que no es la madre por haber recibido el embrión ajeno oficiando como madre sustituta o por cuenta de otros. Se trata

del fenómeno derivado de las posibilidades que ofrece la fecundación extracorporal con posterior implantación del embrión en un útero de otra mujer.<sup>26</sup>

Impugnación de la maternidad.

Esta acción tiene por objeto impugnar la maternidad que se imputa a una mujer con un determinado hijo. Se ataca un estado civil, en este caso el hijo está amparado por un estado civil que no le pertenece.

Se requiere, consecuentemente, que el hijo tenga la prueba de la filiación que se pretenda impugnar. Esta prueba debe consistir en el acta de nacimiento, excluyendo la posesión de estado de hijo, porque si está se da, la madre ha aceptado frente a sus familiares y sociedad en general, la relación materno-filial que consecuentemente no puede impugnar.

La maternidad en relación a la mujer tiene dos elementos: el parto y la identidad del hijo, por lo tanto, la impugnación podrá versar sobre alguno de estos dos supuestos.

En primer lugar está el caso de suposición del parto, es decir, a pesar de la declaración hecha ante el Juez del Registro Civil no existió el parto que se atribuye a determinada mujer. Esto se logra mediante el falso certificado médico, falso testimonio de los testigos con los cuales se obtiene una falsa acta de nacimiento de un menor.

La segunda situación, se da cuando existió el parto, pero el verdadero hijo se cambia por otro.

Ante la ausencia de disposiciones legales en esta materia se tiene que interpretar, el maestro Chávez Asencio establece que, "podemos partir del hecho de que las acciones del estado civil presentan la particularidad de que no se limitan a los titulares del derecho garantizado por la acción. Por otro lado, debemos reconocer que conviene seguir los principios señalados para el caso de desconocimiento de la paternidad. Ante esta disyuntiva, se debe optar por la segunda, es decir, tomar como base lo que la legislación establece en relación a la paternidad".<sup>27</sup>

Indudablemente puede impugnarla la misma mujer pues es un derecho innato. Por ejemplo: para impugnar la maternidad que ostenta otra que realmente no lo sea. Como de la prueba de la maternidad se puede derivar la paternidad dentro del matrimonio, estimo que el marido también puede impugnar la maternidad, con lo cual destruirá la presunción de ser padre del hijo que se le imputa dentro del matrimonio.

26.- Cfr. Zannoni, Eduardo A., Derecho civil, Derecho de familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, p. 299.

27.- Chávez Asencio, Manuel F., La familia en el derecho (Relaciones jurídicas paterno filiales), Tercera edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 126.

También están legitimados el tutor en el caso de interdicción de la mujer y los herederos en los mismos casos que se puede impugnar la legitimidad en relación al padre.

En relación al hijo, es posible que éste pueda demandar el desconocimiento de su estado civil.

La sentencia dictada como consecuencia de la acción de desconocimiento o de reclamación de paternidad o impugnación de la maternidad en este caso produce efectos absolutos. Es una sentencia que produce efectos erga omnes, como todas las sentencias relativas al estado civil o familiar de las personas.

#### Paternidad.

La paternidad no puede ser conocida en forma directa, porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento, se encuentran rodeadas de un velo impenetrable; tanto porque aquellas relaciones de las que puede suponerse que ha dado lugar al embarazo de la madre, se han llevado al cabo en la intimidad, cuando porque sólo a través de una presunción puede afirmarse verosímelmente que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre.

El hecho constitutivo de la filiación paterna, es decir, la fecundación de la madre, sólo puede ser conocido a través de una presunción que el derecho establece, partiendo de ciertos indicios que permiten concluir que tal varón es el autor del embarazo de la madre, es decir, sólo puede presumirse.

Por lo que la ley recurre a las presunciones *iuris tantum* (admiten prueba en contrario) para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

Tanto en el matrimonio como en el concubinato existe la presunción respecto a la paternidad, en ambos casos se presume, como tendrá que hacerse siempre en la paternidad a falta de pruebas directas.

Así el marido es el padre del nacido por haberlo concebido dentro del matrimonio (artículo 63 y 324 fracción I del Código Civil para el Distrito Federal).

Se parte del nacimiento de los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (artículo 324 fracción II del Código Civil para el Distrito Federal).

En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de la madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino *de pater is est quem nuptiae demonstrat*, que se resume en los siguientes términos: es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento.

Tal presunción se fundamenta en dos supuestos:

1.- La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; solo con su marido.

2.- La aptitud del esposo para engendrar.

De aquí que se suponga que el hijo nacido de una pareja unida en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial, como el resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea hijo de ambos.

El hijo de matrimonio no tiene que probar quien es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, con quien ella cohabitaba en la época de la concepción. Esta atribución legal de paternidad ha sido intencionalmente querida por el legislador a fin de reforzar la solidez de la familia.

En relación al concubinato, se presumen hijos del concubinario, los hijos nacidos en el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina (artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal). Basándose de igual forma en la fidelidad de la concubina y la capacidad de engendrar del concubino. Pero siempre se requerirá como elemento indispensable la prueba de la existencia del concubinato, para que pueda surtir efecto la presunción.

Debe advertirse que la presunción establecida para el matrimonio y el concubinato, toman en cuenta el período máximo de gestación que es de trescientos días, si el último día de matrimonio o de concubinato fue aquel en que tuvo lugar la concepción, el nacimiento debe ocurrir antes de trescientos días.

Estas presunciones no pueden ser destruidas fácilmente, el artículo 345 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al padre. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo.*

La acción de desconocimiento de la paternidad.

Esta acción tiene como fin, destruir la presunción de la paternidad del marido, respecto de los hijos de su esposa, que nazcan antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio o desde que se interrumpió la cohabitación de los esposos.

El desconocimiento de un hijo de parte del marido o de sus herederos se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo.

En el caso de los cónyuges, el desconocimiento de la paternidad, se presenta contra la presunción de la paternidad donde se admitirá como prueba la de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquellas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.

Sólo en dos casos el marido podrá rendir esta prueba, a saber: cuando se trate de impotencia para la cópula debida a mutilación o deformación de los órganos sexuales sobrevenida después de la celebración del matrimonio y también cuando se encuentre alejado físicamente de su mujer, lo que puede ser por alejamiento del domicilio conyugal, el que necesita ser tan prolongado que haga imposible que los esposos puedan reunirse durante el plazo legal de la concepción, excepto que haya prueba de que los cónyuges se reunieron alguna vez, dentro del período de ciento veinte días a que se refiere al precepto legal que se comenta.<sup>28</sup>

Puede ocurrir, sin embargo, como excepción a lo antes señalado que la fecundación que se haya producido por técnicas de reproducción asistida, las cuales deberá probarse plenamente, para poder acreditar la filiación del marido o que el marido expreso su consentimiento para que se utilizaran estas técnicas.

Otra opción para destruir la presunción de paternidad en el matrimonio, serían las pruebas que el avance conocimientos científicos pudieren ofrecer, donde se tendría que demostrar que no hay ningún lazo biológico de los padres con el nacido. Por que es normal que en el proceso de reproducción del ser humano conlleve en forma obligada la transferencia de información biológica de los padres a hijos.

Se ha considerado que ante las nuevas técnicas que ofrece la genética donde se permite identificar a los padres de una persona con absoluta certeza, entran en decadencia y desuso absoluto los sistemas que establecen las presunciones como medio de prueba.

Tal es la importancia de las pruebas genéticas que el Código Civil para el Distrito Federal menciona la presunción ante la propuesta de cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y si el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento

28.- Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, México, Editorial Porrúa S. A., 2002, p. 644.

se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento (artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal).

En consecuencia, si la mujer confiesa el adulterio o en su caso, si el marido lo prueba y además se demuestra que se le ocultó el nacimiento, estos dos hechos relacionados serán bastantes, independientemente de que haya habido relaciones sexuales entre los esposos, para considerar que el hijo no es de matrimonio. Se parte de esta presunción: si la mujer oculta el nacimiento y esto tiene que hacerlo de manera sistemática desde que el embarazo ya se hace notorio, quiere decir que por una conducta premeditada, sin coacciones, sin idea de vergüenza, sin el deseo de causar una deshonra del marido, en realidad oculta la existencia del hijo que ha concebido porque está segura que no es de él.

En el juicio de desconocimiento de paternidad, es el marido quien debe rendir la prueba de que físicamente le fue imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron a su nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante al matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso de tales métodos (art. 326 del Código Civil para el Distrito Federal).

Esto tiene su razón de ser en que la filiación en este caso no deriva de una situación biológica natural entre los padres sino del consentimiento que ellos proporcionan para la realización de un procedimiento técnico que permita la concepción. El único problema que se presenta, al no establecer ante quien debe darse el consentimiento expreso para la practica de técnicas reproductivas artificiales, lo que no da certeza jurídica de que el consentimiento produzca de forma directa la consecuencia jurídica de la filiación.

En cuanto al hijo nacido después de los trescientos días contados desde que los cónyuges dejaron de vivir juntos por nulidad de matrimonio o divorcio, al marido bastará negar la paternidad; aun cuando la mujer, el hijo o el tutor de éste; pueden sostener en tales casos, que el marido es el padre. En este caso, la carga de la prueba de la paternidad, recae sobre quien afirma, ya se trate de la mujer, del hijo o tutor de éste, puesto que los hijos nacidos después de que ha transcurrido el plazo de trescientos días de la separación de los cónyuges, no se presumen del marido.

Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consistió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.

La acción de desconocimiento de la paternidad, puede ser ejercida en primer término por el marido, para sustraer de éste la aplicación de una presunción legal que

resulta ser inexacta. El plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad, que corresponde al marido, es de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento.

Si el marido se encuentra bajo tutela por causa de interdicción, el ejercicio de la acción corresponde al tutor. Si este no la ejercita, el cónyuge varón podrá hacerlo después de haber salido de la tutela, en el plazo de sesenta días contados desde el día en que legalmente se declare haber cesado el impedimento. Sin embargo, lo curioso del caso consiste en que, si uno de los cónyuges requiere tutor por encontrarse en estado de interdicción, corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge (artículo 486 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por consiguiente, si el marido es el incapacitado, será tutriz legítima su esposa. Para el caso de acción de desconocimiento de paternidad sería su esposa representante legal de su marido a quien correspondería el ejercicio de la acción. Resultando absurdo suponer que sea la madre la que demande el desconocimiento de su propio hijo.

Cuando el cónyuge varón, habiendo tenido o no tutor, hubiere muerto incapaz, los herederos podrán impugnar la paternidad, en los casos en que podría hacerlo el padre.

Cuando el cónyuge varón no se encuentra en el supuesto anterior, los herederos no podrá impugnar la paternidad, cuando este no haya interpuesto demanda. Si el cónyuge murió sin interponer demanda dentro del término hábil, los herederos tendrán para interponer la demanda, sesenta días contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean perturbados por el hijo en la posesión de la herencia.

Como anotación haremos referencia a la presunción que establece el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 383 establece que: *Se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I.- Los nacidos dentro del concubinato; y II.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.* Frente a esta presunción el ordenamiento antes mencionado no establece artículo alguno referente al desconocimiento de paternidad que se pudiera dar en el concubinato, es decir, la forma de invalidar la presunción establecida para el concubinato.

Pruebas de la filiación.

La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. La posesión de estado de hijo debe ser constante, cierta y establecida, y reunir los elementos constitutivos que se consideran indispensables o esenciales por la ley.

De acuerdo con la doctrina generalmente se requieren tres elementos constitutivos que son: el nombre (*nomen*), el trato (*tractus*) y la fama (*fama*).

El nombre, se establece por el hecho de que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

El trato, se refiere al padre en relación con el hijo, ya sea que lo haya alimentado, vivan juntos en familia y haya previsto su educación, como todo padre debe hacerlo normalmente con sus hijos.

La fama, es el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen de la relación filial. Se estima que la fama es el elemento principal de los tres referidos, porque por circunstancias especiales y debido a intereses privados podría establecerse un convenio por el cual una persona considere a otra hijo de él, en perjuicio de los otros; si no existiere la fama, podría considerarse como algo planeado en perjuicio de otros, lo que no puede producir efectos.

Nuestra legislación considera un elemento nuevo, que consiste en que el presunto padre o madre tenga la edad exigida para contraer matrimonio.

El elemento de edad no puede suplir al nombre o al trato, pues la edad no significa necesariamente la existencia de relación familiar.

En nuestro derecho no se requiere la presencia y comprobación de los cuatro elementos referidos. El artículo 343 del Código Civil para el Distrito Federal expresa que quedar probada la posesión de estado de hijo, si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad (fama) pero, agrega que quedará probada esa posesión "si además concurre alguna de las circunstancias siguientes", es decir, no exige que todas las circunstancias que en seguida se enumeran concurren como necesarias, sino solamente que concorra alguna de ellas ya sea el nombre, el trato o la edad.

Considerándose como una prueba subsidiaria, que sólo procede a falta de actas o cuando éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas.

Probada la posesión de estado, en ella queda comprendido:

- 1.- No sólo que una mujer ha dado a luz su hijo, y
- 2.- Que tal hijo ha sido engendrado por un determinado hombre, sino también ha quedado probada la identidad de la persona que posee ese estado civil.

En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Por último, si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba.

#### Reclamación de estado de hijo.

Cuando una persona nacida de matrimonio carece de las actas del Registro Civil que dan prueba plena de su estado, tendrá que demostrar la posesión de estado, cuando la calidad de su filiación le sea disputada por terceros.

El artículo 347 del Código Civil para el Distrito Federal establece: *La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes.* Por lo tanto, no sólo durante la vida del hijo puede hacerse la reclamación; los descendientes en su momento también la pueden lograr, y éstos sin limitación de grado, pues la ley sólo hace referencia a los descendientes.

En relación a los herederos que no sean descendientes, podrá intentar la acción de reclamación de estado que correspondería al hijo, si éste murió antes de cumplir veintidós años, o si tuvo incapacidad de ejercicio antes de cumplir veintidós años y murió después en el mismo estado.

Los herederos podrán continuar la acción intentada en tiempo por el hijo, y también pueden contestar toda demanda que tenga por objeto disputarle su filiación.

De igual forma, los acreedores, legatarios y donatarios tendrán los mismos derechos que, a los herederos concede la ley, si el hijo no dejó bienes suficientes para pagarles.

Las acciones que pueden intentar los herederos, acreedores, legatarios y donatarios, prescriben a los cuatro años, contados desde el fallecimiento del hijo.

Puede darse el caso descendientes, herederos, etc., del hijo; si éste no ejercita la acción de reclamación de su estado, puede prescribir la acción de petición de herencia en el transcurso de diez años (artículo 1652 Código Civil para el Distrito Federal); pasados los diez años sin que el hijo hubiera intentado la acción, sus herederos o descendientes perderán interés en ejercerla toda vez que ya no habría herencia que pedir. En cambio, si el hijo muriese antes que prescriba la acción de petición de herencia, sus descendientes, herederos, etc., podrían intentar la acción de acción de reconocimiento de estado de hijo muerto y la de petición de herencia.

### **Determinación voluntaria de la filiación.**

El reconocimiento voluntario, es por lo general la vía normal para establecer la filiación de los hijos cuando sus padres no están unidos por el matrimonio, tanto respecto de la madre como respecto del padre, es por medio del reconocimiento que de dicho hijo hagan cualquiera de sus progenitores o ambos, conjuntamente o sucesivamente. El reconocimiento, es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos, declaran que una persona es hijo o hija del declarante, conforme a las formas establecidas en la ley.

De acuerdo con el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *La filiación se establece por reconocimiento del padre, madre o ambos...*

El reconocimiento presenta las siguientes características:

- 1.- Es declarativo, porque no modifica ninguna situación que ya existía antes.
- 2.- Es un acto personalísimo, porque no puede provenir sino de los progenitores de la persona cuya filiación se trata.
- 3.- Se dice del reconocimiento que es individual, porque sólo produce efectos respecto del padre o de la madre que ha reconocido y no respecto del otro progenitor (artículo 366 del Código Civil para el Distrito Federal).
- 4.- Es irrevocable, porque establecido el estado de la persona de cuya filiación se trata, no puede depender de la voluntad de quien ha realizado el reconocimiento, modificar una situación jurídica creada por el reconocimiento. El artículo 367 del Código Civil para el Distrito Federal estatuye: el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento.
- 5.- El reconocimiento deberá hacerse necesariamente de alguno de los modos siguientes: en la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil; por acta especial de reconocimiento ante el mismo juez; por escritura pública, por testamento, por confesión judicial directa y expresa (artículo 369 del Código Civil para el Distrito Federal).

Se establece como principio que el padre y la madre están obligados a reconocer a sus hijos. Cuando estos no estén casados el reconocimiento se hará concurriendo los dos personalmente o a través de sus representantes, ante el Registro Civil.

Requisitos del reconocimiento.

Para reconocer a un hijo se requiere tener la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido.

El menor de edad podrá reconocer a su hijo sólo con el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, requerirá autorización judicial.

Una situación especial se presenta respecto al reconocimiento hecho por un menor, el cual puede ser anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, su acción prescribe a los cuatro años a partir de su mayoría de edad.

Los casados pueden reconocer al hijo que hubieren tenido antes de casarse, sin el conocimiento del otro cónyuge; pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal si no es con la anuencia expresa de éste.

Se requiere el consentimiento de quien va a ser reconocido si es mayor de edad.

Si quien va a ser reconocido es menor de edad o se encuentra en estado de interdicción, se requiere el consentimiento de su tutor si lo tiene o del tutor que el Juez de lo Familiar le nombrará especialmente para el caso.

Nadie puede reconocer como hijo suyo al de una mujer casada, salvo que el marido lo haya desconocido y se haya declarado así en sentencia firme.

Acción de contradicción de reconocimiento voluntario.

El reconocimiento es la prueba de filiación, tal declaración debe expresar por lo que se refiere a la mujer, el hecho de que ha dado a luz a una determinada persona y por lo que se refiere al varón la confesión de paternidad significa que acepta haber engendrado a quien considera que es su hijo.

Si la declaración de la voluntad no coincide con la veracidad del hecho que se declara, el reconocimiento puede ser impugnado en los casos en que la ley lo establece.

Cuando se reconoció a un menor de edad y el reconocimiento se hubiere efectuado en perjuicio del menor, el Ministerio Público podrá impugnar el reconocimiento.

En el juicio de impugnación del reconocimiento de un menor de edad tendrá que ser probado: a) que quien reconoció no puede ser el padre o la madre del menor reconocido, y b) que como consecuencia del reconocimiento, se ha causado un perjuicio al menor.

El progenitor puede contradecir el reconocimiento que ha hecho indebidamente otra persona, para el sólo efecto de que quien ha reconocido, quede excluido de la paternidad.

Un tercero puede impugnar el reconocimiento ilegalmente efectuado haciendo valer esta impugnación en vía de excepción.

En ningún caso procede impugnar el reconocimiento por causa de herencia, para privar de ella al menor reconocido.

El hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor y su acción dura dos años después de adquirir la mayoría de edad; después de adquirir la mayoría de edad, si antes de serlo tuvo noticia del reconocimiento; y si no lo tenía, desde la fecha en que la adquirió.

Cuando una persona que cuida o ha cuidado de la lactancia del niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer del menor. La razón es la posesión de estado de hijo que tienen el menor (nombre, trato y fama). No se podrá de su lado al menor, a menos que consienta entregarlo o exista una sentencia ejecutoriada, teniendo un término de sesenta días para contradecir el reconocimiento.

El reconocimiento de la paternidad quedara sin efecto, cuando se realice sin el consentimiento de la madre, la cuestión relativa a la paternidad se resolverá en el juicio contradictorio correspondiente, en lo referente a esta última parte Galindo Garfias comenta al respecto que “no parece claro respecto a la naturaleza de la acción que debe ejercer el presunto padre, sin embargo, la acción para privar de efectos al acto jurídico, es la nulidad, que por ser imprescriptible, el acto inconfirmable y porque la acción puede hacerse valer por cualquier interesado, en el caso se trata de una nulidad absoluta”.<sup>29</sup>

#### **Determinación judicial de la filiación.**

Cuando la filiación no ha podido determinarse por el hecho del parto, o por medio de las presunciones que la ley señala, o por el reconocimiento voluntario de los padres, el hijo tiene la acción de reconocimiento forzoso o judicial de la filiación, a fin de establecer su filiación biológica a través de la investigación de la paternidad o maternidad.

Cuando el padre o la madre no han reconocido voluntariamente al hijo, la filiación puede quedar establecida por medio de una sentencia pronunciada en un juicio que se denomina investigación de la paternidad o de la maternidad.

En dicho juicio, se debe rendir la prueba presuncional de la paternidad o la prueba directa de la maternidad, así como la identidad del demandante.

“En el caso del reconocimiento forzoso es necesario reconocer la filiación respecto de la madre y a través de ella, investigar quién fue el padre, ya que si se ignora quién es la madre, menos podrá saberse quién es el padre”.<sup>30</sup>

Para probar la maternidad, como anteriormente se estableció, se tienen que probar dos hechos: el parto y la identidad del nacido con el reclamante. La única limitación a esté

29.- Ob. cit., p. 664.

30.- Baqueiro Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, p. 197.

derecho, aparece cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada, aunque se alegue que el nacimiento ocurrió con anterioridad al matrimonio.

Pero si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal (adulterio o exposición de infante), el hijo puede demandar la investigación de la maternidad para establecer su filiación, a pesar de que a la fecha de la demanda la madre haya contraído matrimonio.

La investigación de la paternidad se complica seriamente al tratarse de una mujer soltera ya que no tiene deber de fidelidad para con nadie, y que en ejercicio de su libertad puede tener relaciones sexuales con quien lo desee y aun simultáneamente con varios hombres, establecer la filiación paterna de su hijo es difícil y casi imposible, si no se dan determinadas circunstancias que hagan coincidir la época de la concepción con las relaciones íntimas con determinado hombre, quien posiblemente sea el autor del embarazo. En estos supuestos habrá que acudir a pruebas técnicas relativas al grupo sanguíneo o al genético por el cual, debido a los avances actuales, es posible determinar quien es el progenitor.

Por lo que el Código Civil para el Distrito Federal autoriza al hijo y a sus descendientes investigar la paternidad y maternidad, a través de cualquier medio de prueba ordinario. Además establece una presunción de paternidad en los siguientes términos: *Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o padre.*

Las acciones de investigación de maternidad o paternidad, sólo puede intentarse en vida de los padres. Durante la menor edad del hijo, es la madre o tutor del menor quien debe intentar la acción. En caso de que el padre o la madre fallecieran durante la minoría de edad del hijo sin que se hubiera intentado la acción, el hijo gozará de un plazo de cuatro años después de cumplidos los dieciocho para iniciar la demanda en contra del representante de la sucesión o de los herederos de su presunto padre.

El hecho de dar alimentos no constituye por sí sólo prueba, ni aún presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas.

### **2.3.- ADQUISICIÓN DE LA FILIACIÓN.**

El Código Civil para el Distrito Federal actualmente ha omitido toda calificación respecto a la filiación de los hijos. Todos tienen el mismo derecho y dignidad independientemente de que hubieren nacido de matrimonio, o fuera de el, para que no exista ningún efecto discriminatorio alguno en lo personal ni en lo patrimonial.

La legislación actual está dirigida a eliminar todo tipo de discriminación, dando prioridad al principio de igualdad de los hijos y los padres respecto de los derechos y obligaciones que nacen de la filiación, protege la institución de la familia y define el nuevo marco normativo protegiendo la dignidad y valor de las personas.

Se reafirma el papel de la familia como el lugar donde todos alcanzamos nuestra formación y desarrollos humanos, y como parte de la sociedad; a la filiación, formalmente, como el vínculo que existe entre padres e hijos supone la protección de los individuos que la forman, así como el que se provean entre ellos los elementos necesarios de apoyo para su sano desarrollo e integración, con lo que se pretende dar fuerza y dinámica a las disposiciones relativas a la institución de filiación.

Con la protección a los menores, se garantizan los derechos del menor desde su nacimiento, al establecer la obligación de ambos padres a reconocer a sus hijos y a ser responsables de la crianza de los mismos en el sentido más amplio y a no establecer diferencias entre los hijos en razón de las circunstancias de su nacimiento o del estado civil de sus padres.

De igual manera, es fundamental la consideración relativa a la igualdad respecto a las obligaciones entre el padre y la madre para con los hijos, puesto que esto supone una igualdad jurídica reconocida por el artículo cuarto constitucional, una paternidad responsable y una estabilidad familiar, y en cada uno de los individuos vinculados por la relación familiar.

Un aspecto a destacar, es un nuevo elemento que aporta certeza y seguridad jurídica respecto del vínculo filial, como son las pruebas científicas en los casos de impugnación y reclamo de la paternidad y maternidad.

El Código Civil para el Distrito Federal al ya no hacer una distinción respecto a los derechos derivados filiación, cualquiera que sea su origen, sin embargo, la filiación puede adquirirse o tener su origen en el matrimonio, en el concubinato y en la adopción.

### **2.3.1.- Filiación en el matrimonio.**

El matrimonio da certeza y seguridad jurídica de las relaciones jurídicas que dentro de él se desarrollen, entre ellas encontramos la filiación.

De esta forma el Código Civil establece presunciones para establecer como hijos de los cónyuges a:

- 1.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

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

Para considerar a los nacidos, como hijos de matrimonio dependerá de la fecha de nacimiento del hijo de que se trate.

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre. En razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad, entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual. Marido y mujer tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo. Padre es el que demuestran las justas nupcias, decían los romanos: *Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. El marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio. Esta certeza de paternidad no es absoluta, pues como se dijo anteriormente admite prueba en contrario.

En virtud de estas presunciones, el hijo de matrimonio no tiene que probar quién es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, con quien ella cohabita en la época de la concepción.

Como conclusión se puede establecer que el hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la de la paternidad con respecto al marido de su madre.

### **2.3.2.- Filiación en el concubinato.**

La filiación de los hijos nacidos en concubinato, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio. Se da cuando hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, como en aquellos que media un impedimento, son hijos de mujer soltera o simplemente porque los concubinos no quieren formalizar un compromiso matrimonial.

Por lo que la filiación puede ser respecto a ambos concubinos o sólo respecto a un progenitor.

Como anteriormente se estableció, la prueba de la maternidad se acredita con el parto y la identidad del hijo, pero en relación al padre se establecerá la filiación a través de la prueba presuncional.

El artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal establece que: *Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:*

1.- *Los nacidos dentro del concubinato; y*

2.- *Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida entre el concubinario y la concubina.*

Fuera de este caso sólo es posible establecer la filiación mediante el reconocimiento voluntario por parte del padre y la madre, o por la investigación de la paternidad o de la maternidad.

Cuando el hijo no ha sido reconocido voluntariamente, el hijo puede investigar la paternidad, por cualquiera de los medios ordinarios que la ley establece.

### **2.3.3.- Filiación en la adopción.**

La palabra adopción viene del latín *adoptio*, y *adoptar*, de *adoptare*, de *ad a* y *optare*, desear (acción de adoptar o prohijar). Es recibir como hijo con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente.<sup>31</sup>

Por la adopción una persona mayor de veinticinco años, por propia declaración de voluntad y previa la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación, con un menor de edad o emancipado.

En la adopción, los sujetos intervinientes se denominan:

- a) adoptante o adoptantes, persona que asume legalmente el carácter de padre, y
- b) adoptado, persona que va a ser recibida legalmente como hijo.

Mediante la adopción se crea una relación de filiación legal entre adoptante y adoptado, de aquí que el adoptante tenga, respecto del adoptado y éste respecto aquél, los mismos derechos y obligaciones.

El Código Civil para el Distrito Federal admite únicamente la adopción plena, para ciudadanos nacionales o extranjeros caracterizada por la equiparación del adoptado al hijo de sangre. La adopción plena responde de una manera completa a la finalidad social de otorgar protección a la niñez desvalida y evita las maniobras fraudulentas a las que no con poca frecuencia, recurren los matrimonios sin hijos, haciendo aparecer en el Registro Civil

31.- Cfr. Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho (Relaciones jurídicas paterno filiales)*, Tercera edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 217.

como hijo consanguíneo a criaturas abandonadas o a niños cuyas madres por diversas razones no quieren guardar.

La adopción de igual forma beneficia a los seres desamparados, otorgándoles la condición óptima para el desarrollo armónico de la persona humana al tener un hogar y una familia y da satisfacción a los anhelos paternos de las personas a quienes les ha sido negada por la naturaleza la propia descendencia.

Para que la adopción pueda tener efectos deberán de otorgar su consentimiento, en sus respectivos casos: El que ejerce la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar, el tutor del que se va a adoptar, el Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando este no tenga padres conocidos ni tutor o del menor si tiene más de doce años. Además deberá otorgar su consentimiento el padre o madre del menor que se pretende adoptar, salvo que exista al respecto declaración judicial de abandono.

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

La adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con las familias de éstos, salvo para los impedimentos de matrimonio. En el supuesto de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado no se extinguirán los derechos y obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea.

La adopción es irrevocable.

Para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado.

## **2.4.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FILIACIÓN.**

### **a) Patria Potestad.**

La patria potestad toma su origen en la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos de concubinato o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.

Entonces por patria potestad “debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidos por la ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y lo representen en tal periodo”.<sup>32</sup>

#### Características de la patria potestad.

La patria potestad es un cargo de interés público, ya que es una institución reguladora de las relaciones entre padres e hijos, mientras éstos no han alcanzado la edad necesaria para bastarse así mismos. “El conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable”.<sup>33</sup>

Es irrenunciable así lo establece el artículo 448 del Código Civil para el Distrito Federal, *La patria potestad no es renunciable...*, ya que implica el cumplimiento de las responsabilidades más serias que puede asumir un sujeto: traer hijos al mundo, pero quienes la ejerzan se pueden excusar, cuando tengan sesenta años cumplidos o cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente su desempeño.

La patria potestad es intransmisible por voluntad de los particulares; sólo puede transmitirse como consecuencia de que el juez de lo familiar haya aprobado la adopción, como medida protectora del interés del adoptado.

La patria potestad es imprescriptible, quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre madre o ascendiente, protege y representa de hecho a un menor, no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. El mismo sólo corresponde a quien la ley señala.

#### Sujetos de la patria potestad.

La patria potestad se ejerce por los padres en el matrimonio. Cuando por cualquier circunstancia deje de ejercerla alguno de ellos, corresponderá su ejercicio al otro.

A falta de ambos padres o porque ninguno de ellos pueda ejercerla, la ejercerán los ascendientes en segundo grado en el orden que lo determine el Juez de lo familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso.

En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus deberes y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en la guarda y custodia de los menores.

32.- Baqueiro Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, p. 227.

33.- Montero Duhalf, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1990, p. 342.

En el caso del concubinato, la patria potestad corresponde a el padre o la madre que lo haya reconocido, y en el caso de que vivan juntos, la patria potestad y la custodia será ejercida por ambos. Y aunque no vivieren juntos y lo reconocen en el mismo acto, la patria potestad será ejercida por ambos progenitores; pero convendrán quién de ellos ejercerá la custodia del hijo. En el caso de que no llegaren a un acuerdo, el juez de lo familiar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá sobre lo que creyere más conveniente a los intereses del menor (artículo 380 del Código Civil para el Distrito Federal).

Si los padres no viven juntos y el reconocimiento se efectúa sucesivamente, la patria potestad corresponde no obstante a ambos consortes y la custodia del hijo pertenece al que primeramente lo hubiere reconocido, salvo convenio en contrario entre los padres y siempre que el juez de lo familiar no juzgare conveniente modificar el convenio, por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del Ministerio Público.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten.

El fundamento ético de la patria potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

En el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la patria potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de la correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la patria potestad, comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones, paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia.

Para el cumplimiento de la función protectora y formativa del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos:

a) Impone a los ascendientes que la ejercen el deber de suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna;

b) educarlos convenientemente;

c) otorgar a quienes ejercen la patria potestad, la facultad de corregir y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Especificando que la facultad de corregir no implica infligir al menor actos de fuerza que atenten contra su integridad física o psíquica;

d) quienes ejercen la autoridad paterna, son los legítimos representantes de los menores que están bajo ella; y

e) el domicilio de los menores no emancipados sujetos a patria potestad es el de las personas a cuya patria potestad está sujeto.

La potestad paterna se atribuye con el fin de criar y educar a sus hijos, en la medida en que ese deber se cumpla, se justifica la autoridad de los ascendientes.

Respecto de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo, es necesario atender al origen de los mismos. Al respecto, nuestro Código Civil los clasifican en: bienes que el menor adquiere por su trabajo y bienes que el menor adquiere por otro título.

En lo que concierne a los primeros, pertenece al menor la propiedad, administración y usufructo, y en el caso de los segundos la propiedad es del hijo pero la administración corresponde al ascendiente.

En relación a los frutos de los bienes obtenidos por medios distintos del trabajo, la ley señala que la mitad corresponde al menor y la otra mitad a quien ejerce la patria potestad; es lo que se conoce como usufructo legal, En este caso, los padres tienen todas las obligaciones de los usufructuarios comunes excepto dar fianza. A no ser que por cualquier causa pongan en peligro los bienes del menor, como quienes ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias y cuando la administración sea notoriamente ruinosa para los hijos. También se encuentran privados del usufructo cuando los bienes provengan de herencia, legado o donación y el testador y el donante así lo dispongan.

A la terminación de la patria potestad, los progenitores deben rendir cuentas de su administración.

No se pueden gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente. Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por

menor valor del que se coticen en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes del hijo o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

La patria potestad se extingue: a) Con la muerte de quien la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga; b) con la emancipación derivada del matrimonio; c) por la mayor edad del hijo y d) con la adopción del hijo, en cuyo caso, la patria potestad la ejercerá el adoptante o los adoptantes.

La patria potestad se pierde por resolución judicial: cuando el que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho; por efectos del divorcio como sanción impuesta en contra del cónyuge culpable; en el caso de violencia familiar en contra del menor, siempre que ésta constituya una causa suficiente para su pérdida; el incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria inherente a la patria potestad; por la exposición que el padre o la madre hiciera de sus hijos; por el abandono que el padre o la madre hicieren de los hijos por más de seis meses; cuando el que la ejerza hubiera cometido contra la persona o bienes de los hijos, un delito doloso, por el cual haya sido condenado por sentencia ejecutoriada y cuando el que la ejerza, sea condenado dos o más veces por delito grave.

La patria potestad podrá ser limitada en los casos de divorcio o separación.

La patria potestad se suspende: por incapacidad declarada judicialmente; por ausencia declarada en forma; cuando el consumo del alcohol, el hábito del juego, el uso no terapéutico de las sustancias ilícitas a que se refiere la Ley General de Salud y de las lícitas no destinadas a ese uso, que produzcan efectos psicotrópicos, amenacen causar algún perjuicio cualquiera que éste sea al menor y por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

#### b) Alimentos.

En derecho el concepto de alimentos es amplio: comprende no sólo la comida, sino todo aquello que una persona requiere para vivir como tal persona (la habitación, la comida, el vestido, la asistencia en casos de enfermedad y tratándose de menor, lo necesario para su educación).

La obligación alimenticia que se impone a los padres respecto de sus hijos nace de la filiación: la prestación de alimentos del padre y de la madre en favor de sus hijos, no requiere que el hijo menor de edad deba de probar que carece de medios económicos para exigir que aquella obligación se haga efectiva. Basta que el hijo pruebe su situación de hijo y su estado de minoría para que los padres deban cumplir con la obligación de dar alimentos y asegurar éstos.

Cuando el hijo ha salido de la patria potestad, la necesidad de recibir alimentos debe ser probada para que la obligación a cargo de los padres sea exigible judicialmente.

La obligación de dar alimentos es recíproca, el que los da tiene a la vez el derecho de pedirlos.

Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. De igual forma los hijos están obligados a dar alimentos a sus padres. A falta o por imposibilidad de los hijos, lo están los descendientes más próximos en grado.

A falta o por imposibilidad de los ascendientes o descendientes, la obligación recae en los hermanos del padre y madre o en los que fueran solamente de madre o padre y a falta de estos tiene la obligación de dar alimentos los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

El adoptante y el adoptado tienen de igual forma la obligación de darse alimentos en los casos en que la tienen el padre y los hijos.

La obligación de proporcionar alimentos se cumple, asignando una pensión al acreedor alimentista o integrándolo a la familia cuando sea posible.

Las características de la obligación alimentaria son las siguientes:

Es recíproca, el obligado a prestar alimentos a su vez tiene el derecho de pedirlos, cuando se reúnen los elementos de necesidad en el acreedor y capacidad económica en el deudor.

Es proporcional, los alimentos deben ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a las necesidades del que debe recibirlos.

Es a prorrata, la obligación alimentaria debe prorratarse cuando son varios los obligados a dar alimentos a otro; vale decir, debe dividirse atendiendo a la fortuna de los deudores.

Subsidiaria, pues se establece a cargo de los parientes más lejanos, sólo cuando los más cercanos no pueden cumplirla.

Imprescriptible, en tanto no se extingue aunque el tiempo transcurra sin ejercerla.

Irrenunciable, la obligación alimentaria no puede ser objeto de renuncia, es un derecho al que no se puede renunciar al futuro, pero sí a las pensiones vencidas.

Intransigible, no puede ser objeto de transacción entre las partes.

Incompensable, no es extinguido a partir de concesiones recíprocas.

Inembargable, ya que está considerada como uno de los bienes no susceptibles de embargo. "Sólo las pensiones vencidas pueden renunciarse, ser materia de transacción y prescribir como todas las obligaciones periódicas".<sup>34</sup>

Es una obligación cuyo cumplimiento es asegurable mediante hipoteca, prenda, fianza o depósito en calidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía suficiente a juicio del juez.

La obligación de dar alimentos se suspende o cesa por cualquiera de las siguientes causas:

- 1.- Cuando el que la tiene carece de medios para cumplirla.
- 2.- Cuando el alimentista deja de necesitar alimentos.
- 3.- En caso de violencia familiar o injurias graves inferidas, por el alimentista mayor de edad, contra el que debe prestarlos.
- 4.- Cuando la necesidad de los alimentos dependa de la conducta viciosa o de la falta de aplicación al estudio del alimentista mayor de edad.
- 5.- Si el alimentista, sin consentimiento del que deba dar los alimentos, abandona la casa de éste por causas injustificables.

#### c) Apellidos.

El apellido es un índice del estado de familia, quiere decir, que siendo el apellido consecuencia de la filiación de la persona, sirve para indicar que pertenece al conjunto de parientes que constituyen determinado grupo familiar. Esta es la función normal que cumple el nombre.

Sólo en el caso excepcional de los expósitos y de los hijos de padres desconocidos, el nombre patronímico no llena esta función; pero habrá de llenarla, respecto de todos sus descendientes de quien lleven el apellido que le ha sido impuesto al generante, por el Juez del Registro Civil.

Este efecto consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, que se deriva de la obligación que tienen los padres, respecto a los hijos de

34.- Baquero Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, p. 31.

conceder su apellido para integrar el patronímico de sus descendientes. En un deber fundamental y necesario para acreditar el estado civil.

En el acta de nacimiento deberán constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo. Si se trata de matrimonio se anotan ambos apellidos paternos; si se trata de hijos nacidos en el concubinato se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen. La misma regla se aplicará en el caso de la adopción.

En cuanto al hijo que nace dentro del concubinato, el acta de reconocimiento o la sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad hace que adquiera el apellido del progenitor cuya paternidad ha quedado establecida.

En el caso de los expósitos o de los hijos de padres desconocidos el Juez del Registro Civil, al levantar el acta de nacimiento está facultado para poner nombres y apellido a aquella persona de la que no se conoce quienes son sus padres.

En el caso de la adopción, el adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente.

#### d) Derechos sucesorios

La herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. La herencia puede realizarse por voluntad del testador o por disposición de la ley, la primera se llama testamentaria y la segunda legítima.

Establecida la relación paterno filial los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley.

En la sucesión testamentaria, la persona a través del testamento tiene derecho a disponer libremente de sus bienes, con la única limitación de garantizar los alimentos, en el caso de la filiación, corresponde dejar alimentos a: los descendientes menores de dieciocho años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de su muerte, a los descendientes que estén imposibilitados de trabajar cualquiera que sea su edad, cuando exista la obligación alimentaria, en caso de no ser suficientes y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

Por lo que se refiere a la sucesión legítima tienen derecho a heredar: Los descendientes, cónyuges, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario, cuando se cumplan los requisitos del concubinato. A falta de los anteriores, lo hará la beneficencia pública.

En la adopción plena el adoptado hereda como hijo.

En el título relativo a la sucesión legítima se confirma que tienen derecho a heredar en esa forma de sucesión los descendientes del autor de la herencia, fijando las proporciones que corresponden a los hijos, según participen sólo los hijos, participen con el cónyuge o participen los descendientes.

El reconocimiento otorga al hijo reconocido la porción hereditaria dentro de la sucesión legítima.

Entre el adoptante y el adoptado se genera el derecho a la sucesión legítima. El adoptado hereda como hijo; pero en la adopción simple no hay derecho de sucesión entre adoptado y los parientes del adoptante (artículo 1612 del Código Civil para el Distrito Federal). Concurriendo padres adoptantes y descendientes del adoptado en forma simple, los primeros sólo tendrán derecho a alimentos (artículo 1613 del Código Civil para el Distrito Federal).

### CAPÍTULO 3.

#### 3.- TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

##### 3.1.- DEFINICIÓN.

Los modernos avances, los descubrimientos científicos y tecnológicos, en especial en el campo de la biología, han posibilitado, el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativa, ocupadas en un principio para el tratamiento a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco tiempo.

Se entiende por técnicas de reproducción asistida, cualquier procedimiento o tratamiento médico que tiene por objeto, permitir la unión de los gametos masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (óvulo) sea intracorporalmente o extracorporalmente sin la existencia de cópula o relación sexual (por que no se pueda o no se quiera realizar), con la finalidad de lograr la concepción humana hasta el nacimiento del niño.

En la legislación de México, dentro del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, en el artículo 40 en la fracción XI nos habla de fertilización asistida, diciendo que *es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro*. Se observa que no se establece ninguna definición, sólo hace referencia a diversas técnicas de reproducción asistida, pero no contempla la totalidad de ellas. Por lo que es conveniente hablar de técnicas de reproducción asistida, ya que contempla todo procedimiento de reproducción artificial en forma general, tan amplio que puede abarcar cualquier técnica sea actual o que se pueda descubrir en un futuro.

Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados e ineficaces. Pero tales expectativas, y sin duda la satisfacción de constatar tanto los progresos como la capacidad creadora del ser humano, se acompañan de una inquietud e incertidumbre sociales ostensibles en relación con las posibilidades y consecuencias de estas técnicas. Ya no sólo es factible utilizarlas como una alternativa para la pareja estéril, actualmente la ocupan las mujeres solteras con problemas de esterilidad o sin ellos para poder concebir. Además la disponibilidad del investigador de óvulos desde el momento en que son fecundados in vitro, le permite la manipulación con fines diagnósticos, terapéuticos, de investigación básica o experimental o de ingeniería genética.

Por lo que se deben de observar principios generales para la utilización de técnicas de reproducción asistida, que a continuación se describen:

1.- Las técnicas de reproducción asistida se realizarán:

a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no supongan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia y,

b) En mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente y han sido previa y debidamente informada de ellas.

2.- Es obligada una información y asesoramiento suficientes a quienes deseen recurrir a estas técnicas, o sean donantes, sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles de las técnicas, así como sobre los resultados y los riesgos previsibles.

3.- La aceptación de la realización de técnicas de reproducción asistida.

4.- La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento de su realización.

5.- Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las reservas exigibles y con estricto secreto de la identidad de los donantes, de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.

6.- Prohibir la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana.

7.- Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerado como el más adecuado para asegurar razonablemente el embarazo.

8.- Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas.

Se toma conciencia paulatinamente de que estos sorprendentes descubrimientos invaden en lo más íntimo el mundo de los orígenes y transmisión de la vida humana. No parece haber duda de que la investigación científica y tecnológica debe continuar su expansión y progreso, y que no debe ser limitada si no es en base a criterios fundados y razonables que eviten su colisión con los derechos humanos y con la dignidad de los individuos y las sociedades que constituyen. Es por ello necesario una colaboración abierta, rigurosa y desapasionada entre la sociedad y la ciencia, de modo que, desde el respeto a los derechos y libertades fundamentales de los hombres, la ciencia pueda actuar sin trabas dentro de los límites, en las prioridades y con los ritmos que la sociedad señale.

Los avances científicos, por lo general siempre van adelante de su regulación jurídica, creando en algunas ocasiones vacíos jurídicos respecto de problemas concretos, por lo que es necesario la adaptación del derecho a este tipo de situaciones.

### 3.2.- FINES.

Sin perder el ritmo ascendente, la fecundidad social ha experimentado un notable descenso porcentual durante el último cuarto de siglo, en casi todos los países del mundo.

La política demográfica de los gobiernos del Tercer Mundo ha logrado parte de sus objetivos reduccionistas, ha sido gracias a la silenciosa complicidad del hambre, del desempleo y la carencia de una vivienda digna, entre otros males sociales.

Las profundas transformaciones de la familia también han influido, la familia nuclear moderna, básicamente consumista y pragmática, que ha debido reducir el número de sus miembros a cambio de una mayor comodidad y movilidad social.

La idea generalizada entre demógrafos es que este fenómeno ha surgido en ciertos casos en forma voluntaria, es decir, mediante prácticas de control de la natalidad que recurren al uso de anticonceptivos y a la esterilización, pero también al aborto.

Un ejemplo de esto lo encontramos, en la población femenina que ha retrasado la edad del matrimonio, motivado por un acceso más amplio a la educación universitaria, por el deseo de ejercer una profesión o por la necesidad de buscar trabajo debido a la situación económica, ha demostrado un aumento del número de mujeres que buscan embarazarse después de los treinta años de edad, con el correspondiente incremento de embarazos con riesgo y de los problemas de esterilidad.

Como si los males de nuestro siglo fueran pocos, descubrimos ahora que el abuso del alcohol, el tabaco y las drogas, unidos al estrés de la vida moderna, los matrimonios tardíos, los antecedentes de abortos y enfermedades venéreas, además del uso de dispositivos intrauterinos, han influido decisivamente en la esterilidad de nuestra especie.

La falta de hijos constituye en ocasiones una herida profunda, no sólo en lo afectivo o personal, sino que incide seriamente en el plano social. "El hijo es la seguridad de vencer en cierta forma la muerte, a quien burlamos a través de nuestra descendencia, al crear un ser a nuestra imagen que a su vez perpetuará su imagen en muchos otros eslabones de la cadena. Con el hijo, la norma ha sido respetada, el orden reina, el futuro está asegurado".<sup>35</sup>

35.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho), Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 6.

La tecnología a tratado de resolver esta situación a través de la reproducción asistida, que tienen como finalidad fundamental pero no exclusiva, la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras opciones terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces.

Esto se debe a que todo ser humano lleva en su esencia el afán de trascender, de marcar su paso por el mundo, de vencer de alguna manera la muerte. Este afán se logra, íntegramente, a través de los hijos. Por eso la procreación humana no constituye un simple acto de reproducción instintiva, como ocurre en el caso de los animales, sino es la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y a través de ella, prolongar la nuestra. Por lo que los padres acuden a la ayuda de los avances de la tecnología para superar su esterilidad, por el deseo de formar un nuevo ser que se encuentre unido a ellos, con la existencia de un vínculo biológico.

Estas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas.

La prevención o tratamiento de enfermedades de origen genético se producirá tanto en los supuestos en los que existan además patologías que determinen la esterilidad o la disminución de la capacidad reproductora como en los casos en que no existan.

Entraremos de forma breve al estudio de la esterilidad, para comprender de una forma más amplia la finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida. Primero distinguiendo la infertilidad de la esterilidad:

El término infertilidad (del latín *fertilis*) se emplea para designar la incapacidad que tiene la pareja para obtener un producto viable, es decir, se lleva a cabo la fecundación pero no se logra un producto vivo. Es la incapacidad para llevar un embarazo a término.

La esterilidad es la incapacidad de la pareja para que se lleve a cabo la fecundación, aunque en algunos casos ésta puede intentar corregirse médicamente, por procedimientos terapéuticos, quirúrgicos o artificiales, después de un diagnóstico apropiado.

La esterilidad es una enfermedad o consecuencia de una enfermedad, con sus componentes físico, psíquico e incluso social, y cualquier procedimiento dirigido a remediarla, desaparezca o no la causa que la origina, debe ser entendido como una medida terapéutica.

“La esterilidad humana puede dividirse para su estudio y por su origen en femenina, masculina o mixta, y cada una puede ser primaria o secundaria, si ocurre desde el inicio reproductivo o si se presenta después de algún embarazo preexistente”.<sup>36</sup>

36.- Garza Garza, Raúl, *Bioética, La toma de decisiones en situaciones difíciles*, México, Editorial Trillas, 2000, p. 191.

La esterilidad femenina representa 60 a 70% del total y puede deberse a:

1.- Lesión o daño de las trompas de Falopio (35 a 50% de los casos), con obstrucción de las mismas por infecciones específicas (enfermedades gonocócica, enfermedad inflamatoria pélvica, tuberculosis) o inespecíficas; infecciones de la cavidad abdominal (peritonitis de diversa causa) con daño tubárico; intervenciones quirúrgicas con resección de los oviductos (embarazo ectópico, salpingoclasia) y adherencias fibrosas posquirúrgicas, con bloqueo tubárico.

2.- Trastornos hormonales (humorales), tanto de los ovarios como de la hipófisis, que se traducen en problemas de ovulación (20% de los casos).

3.- Lesiones de cérvix uterina, enfermedades inflamatorias, neoplásicas, del moco cervical, etc.(10% de los casos).

4.- Lesiones del cuerpo uterino de tipo inflamatorio, infeccioso, neoplásico o congénito.

5.- Endometriosis o presencia de tejido endometrial fuera del útero y sobre todo en los oviductos o en los ovarios.

6.- Anomalías congénitas del aparato genital femenino.

La tendencia de retrasar el primer embarazo influye en la fertilidad femenina de dos maneras: los factores ambientales tienen más tiempo para ejercer su influencia negativa, además de que los factores biológicos inherentes a la edad disminuyen la capacidad de concebir; así, mientras las mujeres tienden a evitar el embarazo en los años más jóvenes, se encuentran frente a una capacidad disminuida de concebir en el momento que lo desean. Estas parejas sienten una mayor presión para concebir dentro de un tiempo más breve y por consiguiente recurren al especialista en esterilidad mucho más pronto porque se les acaba el tiempo para lograrlo.

La incidencia mundial de embarazo ectópico se ha triplicado en los últimos 10 años debido al aumento de las infecciones pélvicas secundarias a una enfermedad venérea, al aumento de las intervenciones de microcirugía reconstructiva tubárica, después de salpingoclasia, al aumento de esterilización tubaria fallida (5%) y también al diagnóstico más temprano de esta entidad). El comportamiento sexual de las mujeres jóvenes ha cambiado en forma notable en los últimos años; la edad de la primera relación sexual ha disminuido, así como el aumento de número de parejas sexuales, la consecuencia ha sido un aumento de las enfermedades de transmisión sexual.

En la vida moderna también aumentado el estrés físico y el psíquico a los que se somete la mujer y lo que puede contribuir al desarrollo de esterilidad de tipo funcional.

La esterilidad de origen masculino supone aproximadamente el 30% de los casos de esterilidad y obedece a las siguientes causas:

1.- Impotencia o incapacidad del varón para realizar el coito, por causas psíquicas, discapacidades o de origen hormonal.

2.- Alteraciones del líquido seminal con disminución o anulación de su capacidad fecundante: la disminución del número de espermatozoides llamada oligospermia, que se define como la disminución del número de espermatozoides por debajo de los 20 millones por mililitro, la ausencia total de espermatozoides; alteraciones químicas del líquido seminal y disminución de la movilidad de los espermatozoides por debajo del 60% (astenoospermia), o de su capacidad de penetración, tanto a través del moco cervical, como de la pared del óvulo.

3.- Trastornos hormonales de la hipófisis y de los testículos: malformaciones o atrofia testicular, generalmente por criptorquidia o falta de descenso testicular hacia el escroto, durante la niñez, con su consiguiente alteración en la producción de espermatozoides (infantilismo testicular); alteraciones de los túbulos epididimarios o del conducto deferente de tipo congénito (raro) o secundario a infecciones del tejido testicular como la orquitis por parotiditis; tumores testiculares; tratamientos quimioterapéuticos o de radiación que afecten el tejido testicular; infecciones prostáticas o de vesículas seminales; eliminación quirúrgica de los testículos o vasectomías.

En la esterilidad de origen mixto hay problemas reproductores combinados de ambos miembros de la pareja y en algunas series ocurre hasta en 13% de los casos de esterilidad:

1.- Rechazo de las células germinales masculinas por la mujer: por autoinmunidad, por incompatibilidad de tipo ABO y más raro Rh, incompatibilidad de los espermatozoides con el organismo femenino, bien sea al contacto con el moco cervical o con el moco vaginal (presencia de anticuerpos, alteración por infecciones o disminución severa de moco).

2.- Coincidencia de causa de esterilidad distintas en los miembros de la pareja.

Esterilidad idiopática, cuando pese a todos los estudios realizados no se llega a conocer su origen, representa aproximadamente 3% de los casos de esterilidad y en su aparición no deben descartarse hábitos o vicios como tabaquismo, alcoholismo, drogadicción o ingestión de medicamentos. Nuestro estudio se ocupará de los métodos para superar la esterilidad orgánica, sin desconocer por ello los componentes psíquicos y sociales de esta disfunción.

La esterilidad humana siempre debe ser abordada, cuando ocurren en la pareja, como un fenómeno que afecta a ambos miembros, aunque uno sólo de ellos sea estéril.

El hombre siente la esterilidad, como un signo revelador de su impotencia, necesita del hijo para demostrar a los demás y a sí mismo, la vigencia biológica de su virilidad. Es frecuente que su infertilidad vaya acompañada de cuadros depresivos, impotencia laboral, bloqueo afectivo y otros síntomas. Estas reacciones conflictivas no sólo afectan al varón, sino también a su esposa, quien suele ocultar a la familia la responsabilidad del esposo o, en algunos casos, agredirlo intensamente.

No olvidemos, sin embargo, que por lo general se deposita la responsabilidad generativa en la mujer y que, en muchos lugares, se la considera, además, la única responsable del fracaso.

Esto contribuye a reforzar las fantasías del hombre que queda, así, víctima de la trampa que la misma cultura le tiende, ya que esta imputación fantasiosa e inexacta sobre la disfunción procreacional, le lleva a evadir los exámenes exploratorios y los tratamientos que le servirían, precisamente, para obtener la paternidad que tanto desea.

Es posible, sin embargo, que sea la mujer quien más sufra a causa de esta incapacidad. Su desesperación que relaciona su autoestima con su capacidad de procrear. La ansiedad de la mujer fluctúa con periodos de depresión, especialmente marcados en el comienzo de cada ciclo sexual, lo que significa que otro mes ha pasado sin haber realizado su objetivo. Quedando como secuela una permanente depresión.

Es posible que muchas mujeres aborrezcan la maternidad, porque les impide integrarse como un ser social, pero seguro que también habrá quienes odien su esterilidad, exactamente por la misma causa.

La tendencia a lograr la inmortalidad transmitiéndonos a nuestros hijos, obedece al mismo impulso por el que se han creado todas las grandes obras de la humanidad, sólo que ésta, con ser la más excelsa, se encuentra normalmente al alcance del hombre común, suponiendo su capacidad genética y la voluntad procreacional.

La paternidad no sólo se conforma con transmitir, por vía genética, aquellas características que nos fueron heredadas, ser padre en nuestra sociedad, es cubrir esa importante tarea de atender a la formación del niño para convertirlo en un ser social, transmitiéndole el código de conducta que habrá de gobernar sus actos futuros, pero esta posición se halla ligada a un nexo biológico con el nacido.

La ilusión de generar una nueva vida, que por cierto no es sólo aspiración de reproducción física, sino la de plasmar una criatura humana, puede frustrarse por deficiencias biológicas que impidan la procreación.

Ante esta situación la única posibilidad que existía era aceptar la situación o recurrir a la adopción. Hoy en día se tiene la posibilidad, de que los padres busquen el apoyo científico para superar y enfrentarán por distintos caminos la esterilidad, hasta alcanzar la gestación requerida, es aquí donde la pareja estéril recurre a las técnicas de reproducción asistida para llegar a conseguir el embarazo. Esta labor posiblemente no se detenga mientras el deseo de formar un nuevo ser se encuentre unido a la existencia de un vínculo biológico.

### 3.3.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Antes de adentrarnos al estudio de la inseminación artificial haremos una referencia a los procesos más elementales del embarazo normal que puede ayudarnos para una mejor comprensión de esta técnica de reproducción asistida.

Para que la fecundación se produzca, es necesario, que durante el coito se produzca la erección del pene y la eyaculación del semen en la vagina de la mujer. La fecundación es el resultado de la fusión del gameto masculino (el espermatozoide), con el gameto femenino (óvulo) para formar una sola célula, el huevo (u oocito), que se realiza de la siguiente manera:

Mediado el ciclo correspondiente, el ovario expulsa un óvulo maduro de alguno de los 200,000 folículos de cada uno de sus ovarios. Este es captado por el pabellón de la trompa más próxima (trompa de Falopio), en la cual penetra; recorre el tercio de la longitud de dicho conducto en unas horas, hasta llegar a un abultamiento llamado ampolla de la trompa.

Por lo que corresponde al varón cada eyaculación normal se introducen una muestra de semen de 2 a 3 mililitros, que contienen entre 150 y 300 millones de espermatozoides o gametos masculinos, de los cuales el 65% deberán tener una movilidad y capacidad de penetración normales; los espermatozoides, una vez que son depositados en el fondo de la vagina, éstos deben atravesar, en primer lugar, un moco que obstruye normalmente la entrada del útero. En el momento de la ovulación dicha mucosidad se modifica, tornándose fluida para permitir el paso de los espermatozoides, los que, en treinta minutos, atraviesan el útero, se dirigen hacia las trompas y llegan a la ampolla en que se encuentra el óvulo. De varios millones, sólo algunos centenares llegan al lugar del encuentro.

El óvulo se halla rodeado de varias envolturas protectoras (corona radiata, zona pelúcida, membrana citoplasmática). Para penetrar, el espermatozoide debe perforar las capas. A dicho efecto su cabeza (el acrosoma) contiene enzimas que dirigen localmente las membranas.

Lo normal es que un solo espermatozoide penetre en el óvulo. La cubierta que

envuelve al óvulo humano le da especificidad de especie e impide que un óvulo humano sea penetrado por un espermatozoide de otra especie. La supervivencia del gameto masculino en las trompas es de dos a tres días. La del gameto femenino, es de seis a veinticuatro horas.

Desde que ocurre la fecundación, se producen cambios de estructura en el citoplasma del óvulo así activado. Expulsa un cuerpo polar y forma un núcleo ovular de 23 cromosomas (el pronúcleo femenino). Por su parte el núcleo del espermatozoide que ha penetrado forma el pronúcleo masculino.

Estos dos núcleos se unen y fusionan en un cigoto: es ahora cuando la fecundación propiamente dicha se ha realizado, que tendrá 46 cromosomas característicos de la especie humana, o sea la suma de los 23 cromosomas aportados por cada uno de los gametos.

A continuación el cigoto comienza un proceso de división celular interna. Cuando el embrión formado llega al interior del útero, lo cual generalmente tiene lugar entre los 5 y 7 días después de la fecundación y allí, en forma de blastocisto, se adhiere a la superficie endometrial, implantándose y logrando su anidación, en otros 5 a 7 días. El embarazo está en marcha y entre dos y tres semanas más tarde, el embrión ya presenta evidencia de tejido cerebral.

Cuando los espermatozoides son introducidos en el canal vaginal, el útero o las trompas de Falopio, según el caso, usando un método distinto de la copulación sexual, dejando que el proceso natural se complete en la forma antes narrada, es cuando hablamos de inseminación artificial, no sólo porque el método para acercar los gametos es atípico, sino, además, porque concluye con la sola introducción del material genético, dejando que la fecundación se produzca al azar.

La inseminación artificial consiste en introducir artificialmente semen humano en el canal vaginal o la cervix uterina de la mujer, a fin de producir la fecundación. El material seminal puede ser obtenido de forma inmediata por medio de la masturbación o estar previamente congelado. Lo único artificial que hay en esta técnica de reproducción, es el procedimiento de depositar los espermatozoides dentro de los genitales femeninos, ya que no hay coito o relación sexual, pero una vez introducido el esperma masculino en el órgano genital femenino, la fecundación, es decir, la fertilización del óvulo por el espermatozoide, se produce de manera natural. Esta técnica es la más sencilla, la más antigua y más experimentada.

En 1776, Spallanzani estudió el efecto de la congelación sobre los espermatozoides. En 1779, Hunter obtuvo la primera gestación de una mujer con semen inoculado de su marido y esto sirvió de pie para la primera publicación de este caso por Sims en Estados Unidos. En 1886, Montegazza, propuso la creación de bancos de semen congelado y en 1899, Dickinson practicó en Estados Unidos la inseminación artificial con semen de

donador, abriendo mundialmente la difusión de esta técnica; en 1953 se dieron a conocer inseminaciones artificiales exitosas con semen congelado.

Por lo que existen dos tipos fundamentales de inseminación artificial: la inseminación homóloga, donde el semen procede del marido o también del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados, se práctica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual; y la inseminación heteróloga, donde el semen proviene de un donante distinto del marido y generalmente anónimo y se ha practicado generalmente cuando el marido es estéril.

Esta terminología la consideran incorrecta, ya que en otros temas biomédicos, el concepto heterólogo se refiere a lo que acontece entre diversas especies (por ejemplo los habituales trasplantes de corazón son homólogos mientras que el famoso trasplante de corazón de mandril realizado en 1984 a la llamada Baby Fae era heterólogo). “Consiguientemente, tanto la inseminación artificial con semen del marido, como la realizada con semen de donante son homólogas, mientras que sería heteróloga el intento de hibridación entre nuestra especie y el chimpancé”.<sup>37</sup>

Por esta razón parece más correcto hablar de IAC, Inseminación Artificial del Cónyuge, cuando el semen procede del cónyuge o compañero (AIH, Artificial Insemination Husband en la literatura inglesa) y de IAD, Inseminación Artificial de Donante, cuando el semen procede de una persona ajena a la pareja (AID, Artificial Insemination Donor). Sin embargo, la terminología que se ha impuesto en la doctrina es llamarla inseminación homóloga y heteróloga dependiendo del caso.

Una variante de la inseminación homóloga, es la llamada inseminación “post mortem”, entendida por ella la inseminación de la mujer viuda con semen del marido fallecido, únicamente posible a través de la crioconservación del semen. Por lo que es necesario tener siempre como premisa el matrimonio jurídicamente válido.

“Se propone una tercera categoría, la inseminación, confusa, mixta o combinada, en la que se utiliza una mezcla de esperma de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes”.<sup>38</sup> Son dos las razones de esta práctica; en primer lugar, se sostiene que se cubre más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, ya que podría sostenerse que quizás el esposo de la mujer es el padre de la criatura nacida por inseminación artificial; se afirma, por otra parte que, desde el punto de vista sociológico, la inseminación artificial combinada ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer. Sin embargo, esta técnica es sólo una variante de la inseminación heteróloga, parece indudable

37.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho)*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 22.

38.- Ob. cit., pp. 22, 23.

que si se recurre al semen de un tercero (aunque se combine con el del marido), es porque se ha llegado a la conclusión de que los espermatozoides de este último, no son aptos para fecundar a la esposa.

El procedimiento de la inseminación artificial se inicia con el estudio psicológico de ambos cónyuges, a fin de conocer su grado de aceptación del método y sus posibles reacciones ante el mismo; después se hace un espermograma del marido para analizar si su semen, con la ayuda de la inseminación, es capaz de fecundar a su esposa, e igualmente se lleva a cabo un examen clínico de la mujer para establecer que la esterilidad no provenga de ella.

Posteriormente se monitorea la ovulación, con la finalidad de establecer el momento óptimo en que deba practicarse la inseminación y se haga posible la fecundación en la trompa de Falopio; se procede a recoger el semen del varón, fuera de los casos de obstrucción de los conductos espermáticos y la eyaculación retrógrada incurable, en las que podía pensarse en la punción de los testículos para extraer los espermatozoides, el esperma se obtiene, normalmente, sea que se trate del marido o de un donante, a través de la masturbación. En algunos casos el semen no es adecuado y se debe de preparar o capacitar para que se obtengan buenos resultados, para ello se eliminan los líquidos seminales o los factores que puedan dar lugar al rechazo o a la incapacidad, y en seguida se lava el semen con sustancias como la albúmina. La muestra se filtra para que se contenga sólo los espermatozoides más móviles y se prepara en el laboratorio para su introducción.

La inseminación artificial, se realiza normalmente mediante el método cérvico-vaginal o el del capuchón cervical (existen otros, como el intrauterino, especialmente aconsejable en los casos de moco cervical hostil, pero mucho menos utilizados).

En la inseminación cérvico-vaginal, la mujer se coloca en posición supina y se procede a limpiar toda la zona del cérvix; después, con una cánula de Rubin y una jeringuilla esterilizada, se introduce, aproximadamente, medio mililitro de semen en el canal cervical y el resto se deposita en el fondo del saco vaginal y del ectocérvix; finalmente, se aplica un tampón no absorbente para evitar la pérdida del semen.

Si se emplea la técnica del capuchón cervical, la operación es casi idéntica a la anterior, salvo que el semen se introduce en un capuchón que se adhiere al cérvix y permanece en esa posición unas veinticuatro horas, con lo que el semen masculino (conserva su poder fecundante) está en contacto durante otras tantas horas con el orificio externo de la matriz de la mujer.

De acuerdo con los expertos, si tras doce meses de aplicación de la inseminación artificial la mujer no queda embarazada, es preciso concluir que este sistema de fecundación ha fracasado y es el momento de cambiar de tratamiento y apoyar moralmente a los esposos para que no se produzca en la pareja una grave decepción.

Por lo demás, ninguna de las técnicas de inseminación artificial habitualmente utilizadas necesita anestesia y se llevan a cabo de forma ambulatoria, de modo que la mujer puede continuar su vida normal durante los días en que se repite la inseminación.

A mayor abundamiento, y según las investigaciones publicadas por Olson en 1980, las incidencias que se registran en los embarazos inducidos a través de la inseminación artificial son menores que las producidas naturalmente. Por contraste, el número de embarazos de gemelos, trillizos e incluso cuatrillizos y quintillizos es muy superior con las técnicas de Inseminación Artificial, debido a la facilidad que para la fecundación múltiple supone las prácticas de estas técnicas.

Las indicaciones principales para llevar a cabo la inseminación artificial conyugal (homóloga) o sea de la pareja son: a) por imposibilidad de depositar naturalmente el semen en el fondo de la vagina o en cualquier parte de ella, por impotencia del varón al no lograr la erección o la eyaculación; b) por malformaciones congénitas del aparato genital femenino o masculino; c) cuando hay eyaculación pero el semen es escaso en espermatozoides, o éstos son inmóviles o sin capacidad de penetración y se pueden capacitar en el laboratorio; d) por un rechazo inmunológico de los espermatozoides a nivel de la vagina o la cervix uterina; e) alteraciones locales, ya sea sequedad, escasez o infección del moco vaginal o cervical y f) en la esterilidad idiopática, cuando los estudios no revelan ninguna anomalía y el embarazo no se produce.

En la inseminación artificial con semen de donante (heteróloga), las principales indicaciones por las que se lleva a cabo son: a) la esterilidad masculina por factores irreversibles o no solucionables, como son la azoospermia o la oligospermia severa; b) en la esterilidad por alteraciones o anomalías cromosómicas o genéticas del varón que aún cuando la mujer pueda ser fecundada, esto es causa de abortos de repetición durante el primer trimestre de embarazo; c) en las enfermedades genéticas o cromosómicas graves del varón que pueden transmitirse a la descendencia; d) en la esterilidad por impotencia del varón; y e) en las infecciones transmisibles del varón de la pareja, como el SIDA o la hepatitis c.

### **3.4.- FECUNDACIÓN IN VITRO.**

La fecundación in vitro consiste en la fecundación fuera del cuerpo humano de uno o varios óvulos por espermatozoides (FIV) y posteriormente transferencia a una matriz de esos óvulos fecundados en estadio de embriones(TE). Es decir, a diferencia de la inseminación artificial en la que la fecundación del nuevo ser se produce naturalmente en el seno de la madre, en la fecundación in vitro la fecundación se produce artificialmente en una placa de vidrio llamada cápsula de Petri, y una vez nacido o nacidos los nuevos seres humanos, todavía en estado de embrión, se transfieren al útero de la futura madre o de una

mujer de alquiler. Por eso se llama de igual forma FIVET o FIV-TE (Fecundación In Vitro y Embryo Transfer o Transferencia de Embriones).

En México estas técnicas se aplican desde 1986 en clínicas privadas, a un costo menor que en otros países y con las mismas posibilidades de éxito.<sup>39</sup>

Al igual que la inseminación, esta técnica de reproducción asistida admite la clasificación de homóloga, cuando los espermatozoides y los óvulos pertenecen a la pareja que quiere concebir y heteróloga cuando el semen o el óvulo pertenece a un donador, una persona ajena a la pareja que quieren ser futuros padres.

La fecundación in vitro consta de dos fases importantes: la realización de la fecundación en un medio artificial, no en el interior de la trompa de Falopio, y el traslado del embrión o de los embriones al útero materno.

Esta técnica comenzó a desarrollarse en 1950, en el ganado vacuno, donde se ha perfeccionado exitosamente, y se aplicó en humanos en 1969. El doctor Daniel Petrucci, un genetista y biólogo italiano, anunció en 1959 que después de numerosos fracasos, había logrado de manera satisfactoria fecundar in vitro el embrión en desarrollo por veintinueve días, momento en el cual él mismo lo destruyó, porque había comenzado a deformarse.

El doctor Douglas Bevis, ginecólogo de la Universidad de Lees, en Inglaterra, anunció en 1974 que había logrado implantar con éxito embriones fecundados en probetas, en el útero de tres mujeres que dieron a luz niños sanos; él rehusó a revelar la identidad de las señoras y de los niños para proteger su privacidad, y entonces, a pesar de ser un investigador respetado, el mundo científico se mostró reacio a aceptar ese comunicado por el secreto del experimento.

El 25 de julio de 1978 se anunció a la prensa, con gran despliegue mundial, el nacimiento en Inglaterra de la niña Louise J. Brown, la primera "niña de probeta", nacimiento que tuvo lugar en el hospital Oldham, en el servicio dirigido por los doctores Edwards (biólogo) y Steptoe (médico) quienes, después de muchos fracasos habían logrado el nacimiento de un ser humano concebido in vitro. El embrión fue colocado en el útero de la señora Brown dos días después de la fecundación y en un estadio de ocho células.

En marzo de 1984 tuvo lugar en Los Ángeles, Estados Unidos, el primer nacimiento de un bebé de un óvulo donado por otra mujer a una pareja y transferido ya fecundado al útero de la esposa. El 10 de abril de 1984, nació en Melbourne, Australia, la niña Zoe ("regalo de vida") Leyland, de un embrión previamente congelado, siendo los australianos los pioneros en la congelación y descongelación de embriones humanos.

39.- Cfr. Romero Hicks, Juan Carlos, Primer Seminario de Bioética, Guanajuato, México, Editado por la Universidad de Guanajuato y Southern Oregon State College, 1992, p. 48.

La fecundación in vitro y la transferencia de embriones se realiza de la siguiente forma:

Tras una serie de análisis clínicos y psicológicos del hombre y la mujer, destinados a conocer la idoneidad de los componentes que intervienen en la fecundación in vitro, especialmente el semen del hombre y el buen estado de la pelvis femenina, así como el grado de identificación de la mujer y su marido o compañero con el equipo médico, se hospitaliza a la mujer hacia el décimo día del ciclo menstrual.

A continuación se proporciona a la futura madre una dosis de estradiol 17B y también con carácter diario se realiza una ecografía con ultrasonido, a fin de diagnosticar exactamente el día que tiene lugar la ovulación.

Si no se producen ciclos espontáneos de ovulación, se lleva a cabo una estimulación con inductores de ovulación, lo que permite la recolección de varios óvulos, lo que posibilita transferir varios embriones al útero materno y aumentar, en consecuencia, considerablemente, las probabilidades de embarazo. La estimulación de la ovulación consiste en estimular el ciclo mediante la administración de la Hormona Gonadotropina Menopáusica Humana (HMG), de citrato de clomifeno, o de una combinación de ambas sustancias, con lo que se obtiene la maduración de varios folículos al mismo tiempo (más recientemente se tiende a utilizar la Hormona Folículo Estimulante -FSH- pura, hoy disponible comercialmente).

Una variante de este segundo método es el ciclo ovulatorio controlado, en el que, además de la estimulación mencionada, se pretende controlar el estadio final de la maduración múltiple (inducción de la ovulación), con objeto de facilitar al personal del laboratorio y al equipo médico el trabajo de controlar la subida de la Hormona Luteotropa (LH). Este control se logra suministrando la Hormona Gonadotropina Coriónica humana (HCG). El punto delicado es determinar el momento exacto en que debe suministrarse esa hormona, puesto que una inyección prematura de HCG produce una maduración anormal del óvulo, que queda con una capacidad reducida de ser fertilizado. Sin entrar en más detalles técnicos, se hace notar únicamente que la inducción de la ovulación no está exenta de problemas médicos, algunos de ellos capaces de hacer imposible el embarazo (por ejemplo, acortamiento de la fase luteal y desorden en la situación fisiológica del endometrio).

En todo caso, tanto si se produce un pico hormonal espontáneo de LH. Como si se ha estimulado hormonalmente el ciclo, lo cierto es que al cabo de las 32 a las 36 horas se puede practicar una laparoscopia, con el propósito de obtener uno o varios óvulos. Para realizar la técnica de la laparoscopia, se requiere, en primer lugar, distender el abdomen de la paciente, inyectando dos o tres litros de gas (anhídrico carbónico) en la cavidad abdominal. Con esta maniobra se consigue ampliar el espacio operatorio, facilitando la individuación y la manipulación de las vísceras abdominales.

Se introduce después, por vía umbilical, el laparoscopio para la visualización del aparato genital. La siguiente operación consiste en pasar una cánula-aguja a la cavidad peritoneal con la que se pincha el folículo y se aspira su contenido. Las dimensiones de la aguja varían en los diversos equipos médicos. Algunos utilizan por ejemplo, una aguja de 25 cm de largo con un diámetro interno de 1,2 mm; en la extremidad se aplica una jeringa de 20 cm, previamente calentada a 37°. La aspiración se vigila mediante control visual, teniendo precaución de colocar bien la aguja para aspirar la totalidad del líquido folicular (existe acuerdo general sobre el uso de presiones variables de aspiración comprendidas entre 100 y 140 mm de mercurio, así como el lavado folicular).

Si la aguja ha entrado en un folículo maduro, el líquido estará ligeramente coloreado y se podrán encontrar rastros de sangre. La aspiración se interrumpe cuando se ve una pequeña masa opaca que pueda contener el óvulo y el cúmulo oóforo. Hoy en día se utilizan aparatos electrónicos de aspiración, que permiten succiones y presiones variables y controladas; así se reduce al mínimo la aspiración del folículo, con lo que se reduce también, en alguna medida, el riesgo de posibles alteraciones en las células de la granulosa y en la función celular.

Recientemente se ha ensayado en Dinamarca la función folicular con visión ecográfica directa. Este método de aspiración folicular está despertando gran interés, porque presentaría la ventaja, sobre la laparoscopia, que no es preciso emplear anestesia general. Por el momento, sin embargo, en la aplicación de esta técnica ocurre, con alguna frecuencia, que el óvulo no se recoge a la primera aspiración y hay que hacer un lavado de la cavidad folicular con el medio de cultivo para asegurar la recogida del óvulo.

El líquido folicular se vierte en un recipiente estéril aclarando la jeringuilla de aspiración con el medio de cultivo, por ejemplo Inra B2 Menezo, que aquel contiene. Después se traslada al cultivo a una caja isotérmica a 37° C y se procede al análisis del líquido folicular. Luego, se realiza el cultivo de los ovocitos en un tubo de 1 mm de diámetro que contiene un medio de cultivo enriquecido con albúmina sérica humana, durante seis horas y en un desecador a 37° con una atmósfera de 5 a 100 de oxígeno, 5 por 100 de anhídrido carbónico y 90 por 100 de nitrógeno.

Respecto a la recolección del semen, la más aconsejable es la masturbación. No obstante existen otras prácticas como la aspiración en la cola del epidídimo o en el conducto deferente, biopsia testicular, masaje vía rectal de la próstata y de las vesículas seminales (asimismo Hotchkiss, en 1955 describieron un método para aislar espermatozoides viables en la orina).

Normalmente los espermatozoides deben de sufrir un proceso de capacitación necesario para poder fecundar el óvulo. Este proceso se realiza al separarse los espermatozoides del resto de fluidos que constituyen el esperma y al entrar en contacto con proteínas en la madre presentes en el aparato genital.

La capacitación se consigue artificialmente centrifugando el espermatozoide e incubando los espermatozoides en un medio de cultivo apropiado que contiene suero sanguíneo perteneciente a la madre.

Una vez conseguidos los gametos masculinos y femeninos, se mantiene juntos durante 16 ó 18 horas en una placa de vidrio (en el caso de que los óvulos se hayan obtenido por estimulación hormonal, es necesario incubarlos durante un periodo de tres a cinco horas, con el fin de que completen su maduración).

Mientras, en el interior del tubo de ensayo se han producido las condiciones naturales de temperatura, osmolalidad, pH y nutrientes necesarias para que se produzca la fertilización. El cultivo se desarrolla bajo condiciones muy estrictas, ya que cualquier variación brusca acabaría con la vida del embrión.

Después de incubar juntos los óvulos y los espermatozoides se puede suponer que las células femeninas ya han sido fecundadas y que, por tanto, ha comenzado la vida embrionaria. El cigoto o cigotos se visualizan fácilmente en el medio de cultivo con la ayuda de una simple lupa binocular, debido a que se trata de células muy voluminosas. Con la ayuda de una pipeta se transfieren a otro medio de cultivo. Estos óvulos fecundados se mantienen en el nuevo medio de cultivo y en un incubador de 12 a 14 horas, tiempo en el que aproximadamente un 80 por 100 va dividiéndose en células o blastómeros.

A continuación se procede a la segunda fase del método: la transferencia de embriones. Es la más delicada, la que exige una mayor precisión técnica por parte del médico. En efecto, en la fase de división celular, con 4, 8 o 16 células, se transfieren los embriones al útero de la mujer por vía transcervical (a través del cuello del útero), y por medio de un fino catéter o cánula especial. Debe realizarse en un quirófano. Se inyecta al embrión con una pequeña cantidad de medio de cultivo de forma que quede flotando en la cavidad uterina. Como se dice, es éste un momento delicado, ya que una eventual irritación del útero provoca contracciones involuntarias que producen la expulsión del embrión o embriones (también se puede implantar al embrión mediante una intervención quirúrgica, pero es necesaria una nueva anestesia general).

En todo caso, se recomienda que la transferencia de embriones se realice entre las 24 y las 48 horas a partir de la fecundación, cuando ya se ha dividido el cigoto en 2 ó 4 células, pues parece que su contacto precoz con la mucosa uterina reduce el porcentaje de abortos debido a esta técnica. Después se revisa el catéter ya retirado para comprobar que no se han arrastrado los embriones y que puede producirse el embarazo.

Por lo que se refiere a la paciente, se le suministra un sedante o hipnótico para tranquilizarla y finalizada la operación permanece en el hospital un día aproximadamente, y durante tres o cuatro días limitará su actividad. En los días sucesivos a la transferencia se realizan análisis de la concentración plasmática de la fracción beta de la HCG (Hormona

Gonadotropina Coriónica humana) con el fin de hacer un diagnóstico precoz del embarazo. Algunos autores destacan la necesidad de conseguir que la paciente se considere embarazada, para que esta situación anímica se somatice y ponga en marcha todos los mecanismos biológicos que actúan y concurren a un embarazo natural.

La micro-inyección espermática (ICSI) es una variante de la fecundación in vitro. Es una técnica muy reciente pero ha permitido cambiar el pronóstico de la esterilidad masculina, la cual tenía, antes de la micro-inyección espermática, un porvenir bastante negro ya que el tratamiento médico-quirúrgico de la esterilidad no tenía, ni con mucho, los resultados conseguidos en la esterilidad femenina. Y por lo tanto, si el tratamiento no daba resultado la pareja tenía dos alternativas: o bien recurrir a otras técnicas de reproducción asistida con semen de donante o buscar una alternativa de adopción.

La micro-inyección espermática, para aquellos casos de esterilidad masculina en los cuales no hay volumen suficiente de espermatozoides para poder usar la técnica llamada convencional, se efectúa de la siguiente manera. Se toma un ovocito con pipeta, bajo control microscópico. Esta pipeta fijadora del ovocito permite mantener el ovocito porque al estar en un medio de cultivo, se mueve. No es fácil aspirar el espermatozoide con una pipeta de cristal de calibre microscópico. A continuación se introduce en el ovocito mediante micromanipuladores y se deposita el espermatozoide en su interior.<sup>40</sup>

Pasadas las 17 horas obtendremos un cigoto. Es el mismo citoplasma del ovocito, pero tiene ya dos pronúcleos, pronúcleo masculino y pronúcleo femenino. En cada uno están los cromosomas del padre y los de la madre respectivamente. A los dos días ya es un embrión de cuatro células, este es introducido de forma muy simple en el útero materno; se hace sin anestesia, en 15 segundos, a través de un catéter introducido en el útero con uno o hasta cuatro embriones, como máximo. Al cabo de 15 días, la mujer sabe si esta o no embarazada.

Las principales indicaciones para practicar la Fecundación in vitro son las siguientes:

En la esterilidad femenina. Por anomalías o alteraciones de las trompas de Falopio, ya sea congénitas o adquirida que hacen a los oviductos no funcionales ni susceptibles a un tratamiento restaurador, o que éste ya se haya intentado sin resultados y que corresponden a cerca de 60% de las causas de infertilidad femenina; en la endometriosis tubárica severa; en las malformaciones congénitas de los ovarios que impidan la correcta ovulación (en ocasiones se necesitan óvulos aportados por una donadora).

En la esterilidad masculina. Por alteraciones del semen aisladas o combinadas (oligospermia, inmovilidad, discapacidad, etc.); en este procedimiento se necesitan entre

40.- Cfr. Mata Barranco, Isabel de la, Bioética y justicia, Madrid, España, Ediciones Ministerio de Sanidad y Consumo, 2000, pp. 391, 392.

50 000 y 150 000 espermatozoides normales para conseguir fecundar un promedio de tres óvulos; en la impotencia del varón, de múltiples causas.

En la esterilidad mixta. Por la incompatibilidad de base inmunológica entre el semen y el moco cervicovaginal; en la esterilidad por fabricación de anticuerpos contra el espermatozoide; en la combinación de algún factor de esterilidad femenina con alguno del varón.

En la esterilidad idiopática o por causa desconocida. Que supone aproximadamente 25% de los casos en que se usa la fecundación in vitro.

En la prevención de enfermedades congénitas, ligadas al sexo. Tal es el caso de la hemofilia y otras enfermedades heredables donde no es posible usar el óvulo de la esposa o en ocasiones el semen del esposo; para intentar identificar los embriones enfermos o portadores de alguna de estas enfermedades hereditarias, antes de la transferencia y así sólo transferir, para su implantación, los embriones sanos (se ha hecho con éxito en la hemofilia).

En la actualidad se menciona que en un buen programa de FIVTE la probabilidad de éxito global ( de uno a diez intentos por pareja), es de cerca de 60%; sin embargo, las estadísticas generales hablan de 25 a 30%, lo cual reportaría apenas una eficacia similar a la de una gestación natural en una pareja normal que intenta embarazarse (30% en cada intento/ciclo menstrual).

Si tomamos en cuenta el número de embriones transferidos contra el éxito, tenemos los siguientes resultados:

Con un sólo embrión, 16% de embarazos.

Con dos embriones, 25% de embarazos.

Con tres embriones, 30% de embarazos.

Con cuatro embriones o más embriones se ha visto que aumenta la tasa de embarazos múltiples pero puede disminuir la probabilidad de embarazo.

Los riesgos de esta técnica puede calificarse en físicos: 1.- Derivados de la sobre estimulación de los ovarios; 2.- del riesgo anestésico; 3.- del procedimiento quirúrgico (laparoscopia); 4.- de los microabortos (falla en la implantación); 5.- de la frecuencia de abortos (un poco mayor que en un embarazo normal) y 6.- de los embarazos múltiples (8% vs. 1.3% en embarazos naturales); además de los riesgos psíquicos, como son el estrés que produce la técnica en general o cada uno de los procedimientos, la desilusión de haber pasado por todo el proceso y no lograr el embarazo.

Así también, es necesario mencionar entre los riesgos implícitos en esta técnica, que la transferencia de embriones fecundados in vitro abre las posibilidades a intromisiones de terceras personas entre la pareja: como pueden ser los donadores de embriones, bancos de embriones o la posibilidad de madres sustitutas.

### 3.5.- TRANSFERENCIA INTRATUBÁRICA DE GAMETOS.

La Transferencia Intratubárica de Gametos ( TIG o GIFT por sus siglas en ingles) se ha desarrollado a consecuencia de los conocimientos adquiridos de la Fecundación in vitro y la transferencia de embriones, su creador y principal impulsor fue el médico argentino Ricardo Ash, investigador de la Universidad de Texas, en San Antonio.

Por lo tanto, la transferencia intratubárica de gametos, se puede considerar como una modalidad de la fecundación in vitro, pues básicamente sigue el mismo procedimiento, con la diferencia de que después de la captura del óvulo maduro y la capacitación espermática los gametos se colocan en una o en ambas trompas para que sigan un proceso natural. El único requisito imprescindible para que está técnica obtenga buenos resultados, es que la mujer presente trompas sanas. Y el principal riesgo es un embarazo ectópico.

Se ha discutido sobre la posibilidad de que la técnica de la transferencia intratubárica de gametos reemplace a la fecundación in vitro, sin embargo, esto no es factible en virtud de que ambas técnicas se complementan; ya que en pacientes donde la transferencia intratubárica de gametos resulta imposible, se utiliza la fecundación in vitro como la única técnica viable.

La cronología del ciclo de la transferencia intratubárica de gametos incluye primeramente la estimulación ovarica inducida, posteriormente se procede a la aspiración folicular la cual puede llevarse acabo por medio de laparoscopia o aspiración vaginal bajo control ecográfico.

Los ovocitos (óvulos) recuperados se buscan en un microscopio y son evaluados según su madurez, después de determinar la madurez, los ovocitos se incuban en un medio de cultivo.

El paso siguiente consiste en determinar cuantos y que ovocitos serán seleccionados para la transferencia. Normalmente se transfieren dos ovocitos; sin embargo, en casos especiales, como en el de pacientes con una sola trompa de Falopio viable, se podrán transmitir más ovocitos para incrementar así las posibilidades de lograr un embarazo. A esta altura de los acontecimientos, se necesita tener ya la muestra de semen que es solicitada al marido dos horas antes de efectuar la recuperación ovocitaria, realizándose un examen seminal de rutina, lavando los espermatozoides en un medio de cultivo y centrifugándolos durante diez minutos.

Los espermatozoides recuperados se colocan en un mililitro de medio de cultivo y se adicionan entonces los ovocitos al semen.

Los ovocitos y espermatozoides se transfieren a las trompas, por medio de un catéter en el cual los ovocitos y los espermatozoides se expelen suavemente en la región ampular de la trompa. Se retira entonces el catéter para llevarlo al laboratorio y comprobar que los gametos fueron expelidos.

La transferencia intratubárica de gametos puede llevarse mediante minilaparotomía, laparoscopia, histeroscopia y transcervicalmente bajo control ecográfico. Se ha confirmado embarazos a través de todas esas técnicas de transferencia.

La mayoría de los centros en los que se practican la transferencia intratubárica de gametos o la fecundación in vitro utilizan complemento de progesterona que favorecen la implantación.

Después de catorce días transcurridos desde la transferencia, se puede diagnosticar el embarazo y una vez que este se comprueba, se continua la aplicación de la progesterona durante un periodo de ocho semanas.

El día veintiocho contado a partir de la transferencia intratubárica, se realiza una ecografía vaginal para poder visualizar el saco gestacional que ha esa fecha deberá ser claramente identificado.

Una variación de la transferencia intratubárica de gametos, es la llamada transferencia intratubárica de embriones o también llamada transferencia intratubárica de cigotos (TIE o ZIF), en la que la fertilización de los ovocitos ocurre in vitro y los embriones divididos resultantes se transfieren dentro de las trompas de Falopio.

En la transferencia intratubárica de embriones se sigue el mismo procedimiento que en la fecundación in vitro y los embriones obtenidos se transfieren en una etapa de división celular similar. La única diferencia es el lugar de transferencia ya que mientras en la fecundación in vitro, la transferencia es intrauterina (en el útero) en la transferencia intratubárica de embriones, la transferencia es intratubárica ( en las trompas de Falopio o tubas).

Cabe apuntar que tanto la transferencia intratubárica de gametos como de embriones son procedimientos quirúrgicos que requieren anestesia general e internamiento, cuando se realizan utilizando laparoscopia o minilaparotomía.

La necesidad de cirugía constituye una seria limitación cuando se deba decidir la repetición de estos procedimientos a fin de elevar las posibilidades de embarazo.

Una de las principales ventajas de la transferencia intratubárica de gametos, es que con esta técnica se imita la sucesión de los eventos fisiológicos involucrados en la fertilización, asegurando el encuentro del óvulo y del espermatozoide en el lugar normal de la fecundación.

El éxito de esta técnica alcanza entre el 35 y 40 % de los casos.

Las indicaciones para su práctica son: "a) esterilidad por factores masculinos (impotencia, alteraciones de los espermatozoides, en número de movilidad, etc.); b) factores cervico vaginales del moco o de la penetración o del rechazo inmunológico; c) fracaso de la inseminación artificial; d) síndrome de ovario poliquístico o de anovulación crónica; e) esterilidad idiopática, etcétera".<sup>41</sup>

Es un procedimiento poco utilizado, cuyos riesgos son menores que la fecundación in vitro y el que la fecundación ocurra naturalmente y dentro de la madre, parece conllevar menos intranquilidad moral y legal que el otro procedimiento. Por lo que su uso está aumentando, sobre todo en Europa.

### 3.6.- MADRES SUSTITUTAS.

Otra desgracia antigua pero refrendada en forma preocupante en nuestro siglo, es la infertilidad femenina, a la que podríamos definir como la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados.

Las causas son múltiples y complejas: puede deberse tanto a la etiología materno-ovular, como al gameto masculino en sí, sin excluir los factores psicógenos.

Las causas orgánicas pueden ser, en principio:

- a) Endocrinas, como los defectos en el sistema neurohormonal, la diabetes, el hipertiroidismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.
- b) Procesos toxicoinfecciosos, como el alcoholismo y la drogadicción, así como la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.
- c) Uterinas, como malformaciones, tumores, incompetencia ístmo-cervical, hipoplasia uterina, endometritis y sinequias.
- d) Inmunológicas, dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoimplante, es indudable que el organismo materno puede producir

41.- Garza Garza, Raúl, Bioética, La toma de decisiones en situaciones difíciles, México, Editorial Trillas, 2000, p. 199.

anticuerpos que impidan la fecundación, produzcan abortos o enfermedades en el recién nacido.

Los factores psicógenos, por su parte, influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad. El hecho de que una mujer posea la capacidad biológica para concebir un hijo, no significa necesariamente preparada para recibirlo. Los abortos espontáneos, que no tienen una causa específica comprobada, lo que nos lleva a concluir que desear conscientemente un hijo, no implica desearlo también inconscientemente.

Sin embargo, cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamiento farmacológicos, surge como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y, en las desgracias extremas, cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética, hija de la necesidad.

Esta técnica de reproducción asistida, a tomado diferentes nombres como son: madres sustitutas, subrogadas, de alquiler, delegadas, portadoras, gestantes, provisionales, cesionarias, receptoras, etcétera.

Se realiza generalmente en los casos de infertilidad de la mujer y fertilidad de su pareja se insemina artificialmente a una segunda mujer que, una vez producido el embarazo lo lleva en su vientre hasta el parto, entregándolo entonces a la pareja que lo solicita y paga por él. El niño recibe la dotación genética de la mujer contratada.

“La mujer inseminada es una ‘madre sustituta’ que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer esteril”.<sup>42</sup>

Una segunda posibilidad es la mujer que porta un embrión producido in vitro por la pareja solicitante, puesto que la mujer que lo solicita es capaz de ovular pero no de llevar el embarazo a término ya sea por carencia de útero o por otras causas. En este caso, el bebé tiene la carga genética de la pareja solicitante.

“Es en este caso donde se da la maternidad subrogada o maternidad sustituida, porque la verdadera subrogación presupone el embrión ajeno, esto es una implantación en la mujer que no aporta sus óvulos para la procreación”.<sup>43</sup>

Este segundo supuesto también lo utilizan esposas fértiles y capaces de soportar el embarazo, pero que prefieren alquilar a otra mujer para que tengan un hijo con el semen de su marido, sea porque no quieren perder oportunidades en el trabajo, sea porque desean

42.- Galindo Garfias, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, p. 550.

43.- Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Segunda edición, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989, p. 491.

conservar la línea (piénsese en una modelo, o en una artista), sea por su edad algo avanzada, sea porque le tienen miedo a las molestias del embarazo y a los dolores del parto.

“Otra posibilidad es que se transfiera un embrión formado in vitro por el óvulo o el espermatozoide de la pareja y algún donante, o que se trate de un embrión donado por una tercera pareja, con lo que nos encontraríamos el caso de un ser humano con tres madres y dos padres la mujer que donó el óvulo, la mujer que llevo a término el embarazo, la mujer que ha solicitado el bebé y va hacerse cargo de él, el hombre que donó el espermatozoide y el hombre de la pareja solicitante”.<sup>44</sup> Últimamente se practica la transferencia de embriones de un útero a otro, el lavado embrionario.

En el contrato de maternidad subrogada las partes son el hombre y la mujer que desean tener hijos, y la madre de alquiler que accede a entregar al niño engendrado por ella mediante inseminación artificial con semen del hombre contratante. Generalmente los términos del acuerdo indican que la madre de alquiler aceptará ser inseminada artificialmente, llevará el embarazo a término y renunciará a sus derechos tras el parto. El hombre accederá a donar su semen para la inseminación, para aparecer como padre del niño en el momento del nacimiento y a asumir sus responsabilidades como padre (en algunos casos figura una cláusula por la que acepta, de ser necesario, adoptar al niño). Finalmente, la mujer infértil accede a tratar al hijo como si fuera propio y a adoptarle en caso de ser necesario legalmente.

Además de estas condiciones básicas se suelen incluir otras cláusulas, tales como por ejemplo: que la madre alquilada acepte el esfuerzo que supone asegurar su salud, su seguridad y la del niño en el embarazo, incluyendo visitas regulares al médico, análisis, pruebas de laboratorio, y todas aquellas que reguarden el bienestar del embarazo y que la pareja contratante se compromete asimismo a sufragar los gastos médico y de los abogados de la madre alquilada.

La práctica de alquiler de úteros es ya frecuente en diversos países. En Estados Unidos de América se encuentra la agencia Surrogate Parenting Association con sede en los Ángeles.

En Francia existe desde 1983, la asociación *Meres D'accueil* (Madres de acogida) con sede en Marsella y dirigida por el doctor Sacha Geller. Sin embargo, la Secretaría de Estado para la Sanidad de Francia ha seguido insistiendo en que las sociedades de madres portadoras son ilegales, por ser inadmisibles al comercio de niños e incitar a su abandono, y ha puesto de manifiesto que la maternidad subrogada tiene analogías, de forma suavizada, pero cierta, con la venta de niños, que ha sido un estigma social combatido siempre con la máxima fuerza.

44.- Taboada, Leonor, *La maternidad tecnológica, de la inseminación artificial a la fertilización in vitro*, Barcelona, España, Editorial Icaria Ocho de Marzo, 1986, p. 37.

En Gran Bretaña, existe la agencia Asociación de Maternidad Subrogada.

Sin embargo, tal vez la mayor parte de estos casos se llevan a cabo a través de contactos directos, sin que trasciendan, generalmente se da por acuerdo con mujeres que se ofrecen espontáneamente al conocer, a través de los medios de comunicación, a matrimonios que desean tener hijos y no pueden.

No es extraño ver actualmente anuncios como éste, tomado de un periódico local de New Jersey: "Se busca madre subrogada. Pareja incapaz de tener hijos, desea pagar diez mil dólares a quien permita ser inseminada artificialmente y desarrollar un hijo del esposo. Todos los trámites serán estrictamente confidenciales".<sup>45</sup>

Una tercera modalidad que se presenta con cierta frecuencia, es la de las mujeres que se ofrecen a ser madres sustitutas por razones de cariño familiar o de amistad.

La controversia que se suscita sobre la maternidad subrogada, a tenido relevancia a través de los casos que salieron a la opinión pública por los medios de comunicación, entre los más relevantes encontramos los siguientes:

El matrimonio Lamaitre reclamo, por un hijo deforme y subnormal, a la Agencia que contrató a Madame Feuillet, la mujer que gestó al hijo. Por su parte la agencia demandó a Madame Feuillet por haberse inyectado heroína durante el embarazo (el problema se ha agravado últimamente porque es preciso operar con urgencia al niño y no se sabe a quién hay que pedir autorización).

Otro caso es el de Madame Collington, que se ha quejado a la Agencia que le puso en contacto con los esposos Malherbe con objeto de que les gestara un niño, previa inseminación artificial con esperma del señor Melherbe, por el constante acoso de este matrimonio que pretende que deje de fumar y de beber por temor a que pueda perjudicar al hijo encargado.

En otra situación la madre alquilada ha producido un parto gemelar y el matrimonio norteamericano contratante ha decidido que sólo se hará cargo de uno de los niños, porque no encarga dos, sino sólo uno.

Sin duda el caso que más ha sensibilizado a la opinión pública ha sido el de "Baby M". El matrimonio Stern había retrasado el nacimiento de sus posibles hijos para no sacrificar su profesión de él bioquímico ni la de ella pediatra. Pero cuando en 1985 decidieron tener el niño, Elizabeth, la esposa había cumplido 40 años por lo que se pusieron en contacto con una Agencia, los Stern seleccionaron a Mary Beth Whitehead, de 29 años, casada con un camionero y madre de dos hijos.

45.- Romero Hicks, Juan Carlos, Primer Seminario de Bioética, Guanajuato, México, Editado por la Universidad de Guanajuato y Southern Oregon State College, 1992, p. 51, 52.

El 7 de febrero de 1985 el matrimonio Stern firmó un contrato con la Sra. Whitehead, el producto sería a través de una inseminación artificial con esperma de William Stern, la fecundación se consiguió en el primer intento, iniciándose una relación cordial entre ambos matrimonios y finalmente el 27 de diciembre del mismo año la Sra. Whitehead dio a luz a una niña que entregó a los Stern, recibiendo como contraprestación la cantidad acordada.

Los Stern, bautizaron a la niña con el nombre de Melissa y la registraron como hija suya. A partir de aquí empiezan los problemas, Mary Whitehead veía insoportable el separarse de la hija que había gestado. Pidió a los Stern que le dejaran sacar de paseo a la niña, obtenido el permiso, Mary no devolvió a la niña. Solicito un crédito y reintegró a los Stern la cantidad que había percibido en concepto de honorarios por su gestación. El matrimonio Stern consiguió una orden judicial para reclamar a la niña, que ya empezaba a conocerse en la opinión pública como Baby M. La policía se presentó en caso de los Whitehead. Mary huyo llevándose a la niña, a la que inscribió como hija suya, con el nombre de Sara.

Tres meses más tarde los detectives pagados por los Stern descubrieron a madre e hija en Florida y se llevaron a la recién nacida. Pero Mary, la madre natural, no se rindió y a través de la televisión lanzó una campaña contra los Stern. La causa llegó al Tribunal del Estado de New Jersey, y la totalidad del claustro de profesores de Derecho de la Universidad de Harvard se creyó en la obligación de pronunciarse al respecto: Nuestra nación decidió hace más de un siglo abolir para siempre el concepto de compraventa de los seres humanos bajo cualquier forma, y esta Baby M. es, se ponga como se ponga, la compraventa de una persona.

Sin embargo, el juez Harvey Sorkow, de New Jersey, ha sentenciado que el contrato entre el matrimonio Stern, por el que a cambio de diez mil dólares la Sra. Whitehead se obligaba a concebir un hijo para ellos, tras ser inseminada con esperma de él, es válido y legal; como consecuencia, se concede la custodia de Baby M a su padre biológico y a su madre adoptiva, y se suprimen todos los derechos de la madre natural sobre su hija, incluido el de poder visitarla.

Tal vez a alguien pueda extrañar el sentido de la sentencia, contrario a los ordenamientos legales, que establecen que la verdadera madre de un niño o niña es siempre la que da a luz ese niño o niña. Pero el juez de New Jersey, como todos los jueces ha resuelto sobre una causa concreta, el juez sencillamente considera que el ambiente material y emocional que los Stern pueden proporcionar a su hija adoptiva es mejor que el que pueda ofrecer la madre natural.

Sin embargo, la problemática debe de ser muy aguda, puesto que la casi totalidad de médicos y clínicas que se dedican a practicar estas nuevas técnicas, especialmente las que practican la fecundación de un nuevo ser humano en el laboratorio, están pidiendo, con

carácter constante, autorización para que el nuevo ser humano se gestase en un útero animal. "Se cita como ejemplo la noticia según la cual Steptoe y Edwards, los productores de Louise Brown, la primera niña probeta, esto es, el primer humano fecundado y desarrollado parcialmente fuera del claustro materno, han solicitado permiso al Consejo Superior de Sanidad de Gran Bretaña con objeto de poder utilizar el útero de un chimpancé o de una cerda para gestar el nuevo ser humano y para acabar de una vez por todas con los problemas jurídicos y de todo tipo que plantea la utilización de madres sustitutivas".<sup>46</sup>

### 3.7.- CLONACIÓN.

La etimología del término clonación, deriva del griego klon, que significa esqueje, es decir, la reproducción asexual de especies que se reproducen por unión de células germinales de ambos sexos. En la actualidad se habla de clonación como reproducción exacta de segmentos de ADN (ácido desoxirribonucleico) o genes mediante su inserción en microorganismos. También la obtención de individuos genéticamente idénticos a otros por técnicas de reproducción asexual en laboratorio.

La reproducción clónica está basada en una relación totalmente asexual configurándose como una de las más claras manifestaciones de lo que se viene llamando manipulación genética. Podemos definirla como el proceso mediante el cual, sin la unión de dos células, y a partir de la implantación del núcleo de una célula con una dotación cromosómica completa en un óvulo, al que previamente le ha sido extraído el núcleo, se obtiene un ser humano gemelo genético de aquél a quien ha sido extraído la célula dotada de la totalidad de cromosomas.

Hoy en día, las técnicas de reproducción asistida, como la Inseminación Artificial, la Fecundación in vitro o la Transferencia intratubárica de gametos, tienen como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana, es una finalidad loable en la que, si bien intervienen los avances científicos y tecnológicos conseguidos en la Biomedicina y Biotecnología, se persigue un fin en gran medida admitido por la conciencia social, la ética y por todos los ordenamientos jurídicos como es el evitar ese problema que tantas secuelas psíquicas produce en la pareja. En el caso de la clonación, junto con esa clara intervención científica en el proceso de reproducción humana se produce una manipulación genética cuyos fines no son loables como en los casos anteriores, todo lo contrario, de lo que se trataría sería crear una especie de mercado de niños en los que cada uno pudiera elegir un hijo a la carta, totalmente idéntico a la madre o al padre o incluso a un tercero elegido por ambos, si es que aquellos no están contentos con su propia constitución, fisonomía o forma de ser. Aunque habrá opiniones en contra la mayoría de las voces que se alzan defienden la identidad y dignidad humana.

46.- Ansóñ Oliar, Francisco, *Se fabrican hombres (Informe de genética humana)*, Madrid, España, Ediciones Rialp, 1998, pp. 58, 59.

“Los primeros antecedentes de la clonación lo encontramos en la revista ‘Science’, concretamente en el trabajo publicado en la misma, el 29 de octubre de 1993, por los investigadores norteamericanos Jerry Hall y Robert Stillman, quienes efectuaron el primer experimento conocido de clonación de embriones humanos”.<sup>47</sup> Empezaron experimentando con diecisiete embriones de dos a ocho células que habían sido fecundados en la Escuela de Medicina George Washigton.

Los embriones eran inadecuados por haber sido penetrados por demasiados espermatozoides y tenían pares de cromosomas extras por lo que tras separar las células embrionarias individuales (blastómeros) y cubrirlas con una zona pelúcida artificial, el doctor Hall situó los blastómeros en soluciones de nutrientes, donde comenzaron a dividirse de nuevo.

Se obtuvieron 48 nuevos embriones, la mayoría de los cuales, debido a las condiciones de cultivo, no se pudieron desarrollar hasta el punto de poder ser implantados en un útero. Pese a su composición cromosómica anormal, estos embriones tenían un aspecto magnífico similar al de los originales.

Los científicos de la Universidad de George Washington nunca sabrán si estos embriones con treinta y dos células (que es cuando la implantación en el útero podría realizarse con normalidad) habrían continuado su desarrollo en el útero, ya que ninguno se implanto en receptores humanos. Lo que sí permitió es que ya entonces surgiera la polémica en la que científicos, político, juristas y especialistas en ética alzan sus voces.

Hoy en día el tema se ha disparado con el nacimiento de la ya conocida en el mundo oveja “Dolly”, el cual tuvo lugar en agosto de 1996, si bien “Dolly” fue presentada en sociedad seis meses después, el domingo 23 de febrero de 1997 y, a raíz de estos acontecimientos, las preguntas, los temores y las conclusiones precipitadas fueron surgiendo, sobre los límites de la ingeniería genética.

El impacto mundial del trabajo de los investigadores escoceses, del Instituto Roslin, en Edimburgo, dirigidos por Ian Wilmut, al que podemos considerar “padre” de la oveja Dolly, se debe, en gran parte, a que la tecnología aplicada en el experimento no requiere, en principio, grandes laboratorios ni una metodología muy complicada. Este hecho acrecentó el temor a que en un sencillo laboratorio de cualquier país medianamente desarrollado se intentara repetir la operación, pero utilizando células humanas.

Hasta llegar al momento actual donde un importante científico de Chicago, a raíz de estas actividades mundialmente conocido, Richard Seed, afirma que se encuentra preparado técnica y económicamente para llevar acabo clonación de humanos.

47.- Alberruche Díaz Flores, Mercedes, La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?, Madrid, España, Editorial Dyckinson, 1998, p. 19.

El científico ruso Lev Enst señala que la clonación “no se puede tachar de ser contra natura, lo que sí iría contra los derechos de los hombres sería prohibirla porque se está impidiendo a éstos reproducirse por esta vía, imposibilitando la obtención de seres semejantes a ellos, coartando de derecho a la reproducción, tras estas afirmaciones increíbles sigue diciendo, que la prohibición de la clonación no llevaría a los resultados que se cree porque la misma se llevaría a cabo de manera clandestina lo que produciría las consecuencias negativas que trabajar de esta manera conlleva, prisas, resultados defectuosos por estar poco elaborados”.<sup>48</sup>

Como respuesta al temor social, algunos países prohibieron rápidamente la concesión de fondos públicos para experimentos de clonación humana: en Estados Unidos, Ronald Reagan a través de una moratoria impedía experimentar en embriones humanos, cuando Bill Clinton toma la presidencia la derogó y pidió una moratoria voluntaria de este tipo de estudios, dejando la autorización en manos del hospital respectivo.

Por su parte el Ministerio de Sanidad Italiano prohibió mediante una ordenanza toda forma de experimentación sobre la clonación animal y humana. Esta medida fue tomada unos días después de que el Vaticano solicitara a todas las naciones que dicten una ley específica que prohíba la aplicación de la clonación sobre el hombre, en línea con la Resolución del Parlamento europeo del 19 de diciembre de 1988 sobre Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética.

Como anteriormente se menciona, un clon es una población de células o de organismos pluricelulares genéticamente idénticos que proceden de una célula o de un individuo precursor. La clonación se practica desde hace siglos con los esquejes o implantaciones vegetales, y en laboratorio ya se estaban obteniendo clones de animales, la clonación se puede realizar de tres formas:

a) Por partición de embrión en los primeros estadios, dando lugar a embriones genéticamente idénticos, como ocurre espontáneamente con los gemelos monocigóticos.

b) Por trasplante nuclear de células embrionarias a un ovocito, con sustitución del núcleo del ovocito por el de células embrionarias (lo que permite obtener nuevos embriones idénticos genéticamente, aunque con diferencias en el ADN mitocondrial).

c) Por trasplante nuclear de células somáticas de un adulto a un ovocito, con sustitución del núcleo de un ovocito por el núcleo de una célula de adulto, dando lugar a embriones genéticamente idénticos al adulto, es decir, un gemelo de un padre.

Esta última técnica se empleaba con éxito sólo en animales inferiores, pero no se lograba en animales superiores, siendo la oveja Dolly el primer clon de mamífero adulto conseguido por esta técnica.

48.- Ob. cit., p. 22.

Las características de las tres técnicas existentes de clonación son las siguientes:

a) Clonación de embriones por partición de un embrión en sus primeros estadios.

Es una técnica simple, muy conocida, que no tiene ninguna dificultad, y que se viene realizando desde hace una década en toda clase de animales en veterinaria con embriones selectos de animales de granja. A partir de un embrión selecto permite obtener artificialmente un número indefinido de embriones genéticamente idénticos.

La primera clonación se realizó por Sperman y Zalkemmer en 1919 con embriones de anfibio, que separaron sus células con un cabello humano. Con esta técnica se obtuvieron los primeros terneros clónicos en Japón y también se realiza en conejos, ratones. Sería una forma de reproducción asexual, como la bipartición de organismos inferiores en el caso de bacterias o amibas.

Los gemelos monocigóticos son un caso natural de clonación, producida espontáneamente. También se da de manera artificial con una técnica cuyas fases son las siguientes: se forma el embrión por fecundación in vitro (FIV) o se extrae del útero mediante una sonda vaginal. El ovocito fecundado se pone en una incubadora en un medio líquido con nutrientes, y a las 12-18 horas se observa al microscopio y un micromanipulador (que transforma los relativamente amplios movimientos de la mano en minúsculos movimientos), se sujeta con un miniaspirador el embrión de dos células y con una microaguja se separan las células, colocando cada una en un platillo diferente con su medio líquido de nutrientes. Se colocan en una incubadora y al día siguiente se observa que cada célula se ha dividido y ahora hay dos, y si se deja por seis días llega a tener treinta y dos células, que serán dos gemelos monocigóticos formados artificialmente. Los dos embriones se implantan luego en el útero para dar individuos clónicos. Cuando los dos miembros gemelos tienen 2 células se pueden volver a separar sus células y dar 4 embriones clónicos, y así sucesivamente, dando lugar a un clon de individuos genéticamente idénticos al embrión original.

b) Clonación de embriones por trasplante nuclear de células embrionarias a un ovocito.

Se trata de sustituir la información genética de un ovocito por la información genética de un embrión. Para ello se obtiene un embrión de 4 a 32 células y se separan sus células. Por otra parte, se obtienen ovocitos de un adulto, a los que se les extrae su núcleo y posteriormente se incuba uno de los ovocitos con las células del embrión.

Con un impulso eléctrico se estimula la fusión de ambas células, resultando un cigoto reconstituido con el material genético del embrión a clonar. De esta manera se pueden obtener teóricamente hasta 32 copias del embrión original, aunque con diferencias en el ADN mitocondrial.

c) Clonación de adultos por trasplante nuclear de células somáticas a un ovocito.

Para ello se sustituye el núcleo de un ovocito por el núcleo de células somáticas del individuo adulto que se quiere clonar. Se trata de sustituir la información genética del ovocito con la información genética del adulto, que se encuentra en el núcleo extraído de una célula de ese adulto, con lo que el nuevo embrión se desarrolla ahora con los genes del adulto, dando lugar a un hijo gemelo del adulto, obtenido por reproducción asexual. Esto se había realizado en animales inferiores, hasta anfibios. Por ejemplo, a partir de células intestinales de una rana se forma un embrión con el núcleo cambiado y se desarrolla una rana genéticamente idéntica a la rana adulta a la que se le habían extraído las células intestinales. Sin embargo, no se había podido conseguir, hasta ahora, en animales superiores como los mamíferos. Se creía que los núcleos de las células de mamíferos adultos habían perdido la capacidad de totipotencialidad, estos es, posibilidad de expresar todos los genes, a diferencia del embrión de mamífero y de las células adultas de anfibios, que serán capaces de expresar toda su potencialidad para dar lugar a un nuevo individuo.

En 1997 se acaba de conseguir la primera clonación a partir de células adultas de mamífero, realizada por el Dr. Wilmut y sus colaboradores del Instituto Roslin de Edimburgo (Escocia). Ellos utilizaron células procedentes de mamas de una oveja adulta de seis años de la raza Finn Dorset, que se cultivaron in vitro.

El proceso experimental consiste en las siguientes fases: se sometieron esas células mamarias a condiciones de desnutrición o inanición durante un tiempo, induciendo a que entrasen en una fase especial de reposo. Por otra parte, se extrajeron ovocitos no fertilizados de los ovarios de ovejas de raza escocesa de cara negra, se eliminó su núcleo, y por lo tanto, su material genético. A continuación, se fusionó la célula de la glándula mamaria y el material genético de esa oveja, con impulsos eléctricos y empezó a dividirse. Posteriormente se implantó el embrión a una madre sustituta de la raza de cara negra, naciendo así la oveja clónica Dolly, que es morfológicamente idéntica a la oveja de raza Finn Dorset, de la que se extrajo el núcleo de la célula mamaria, y no de la donadora del citoplasma del ovocito. La oveja clónica sólo muestra diferencias con su progenitora gemela en el ADN de sus mitocondrias.

Científicamente tiene enorme importancia el hecho de obtener el primer mamífero clonado a partir de células diferenciadas de un adulto, ya que se indica que el genoma de las células diferenciadas (a excepción probablemente de las células del sistema inmune), conservan su totipotencia y no sufren modificaciones genéticas irreversibles que las incapaciten para desarrollar un adulto a término, como se creía hasta ahora.

Este experimento abre amplias perspectivas a la investigación básica sobre los procesos de diferenciación celular, y especialmente en los que intervienen en la fecundación.

Después de muchos años de intentarlo, el éxito de este experimento se debe al uso de núcleos de células en fase de reposo (estadio G0), es decir, de células diferenciadas derivadas del tejido fetal o de adulto. Ello permite hacer compatible el núcleo del dador con las condiciones citoplasmáticas del ovocito receptor, no produciéndose así alteraciones en el número de cromosomas, ni tampoco un desarrollo embrionario anormal. El rendimiento del proceso ha sido muy bajo, con una pérdida muy elevada de embriones en el proceso de desarrollo de la oveja Dolly, ya que de 227 células adultas fusionadas con ovocitos nucleados, resultaron 13 embarazos y sólo nació viva Dolly (0.44% de nacimientos y 99.56% de mortandad). Seguramente en el futuro este problema técnico podrá resolverse.

Aunque el rendimiento del proceso de trasplante nuclear de células somáticas para producir clones es todavía demasiado bajo para ser aplicado de forma generalizada, en el futuro, si se mejora, sólo podría utilizarse para ovejas u otros mamíferos que hayan sido seleccionados por determinados caracteres de interés productivo o farmacológico. En las condiciones actuales de bajo rendimiento, sólo podría tener aplicación inmediata para multiplicar de forma más rápida los animales transgénicos.

La mayoría de los países han tenido una postura en contra de la clonación. Sin embargo, en 1972 Leon Kass, en su libro *The New Genetics and the Future of man*, había elaborado las razones para justificar esta técnica, entre ellas utilizarla como una técnica de reproducción asistida; "La clonación como apoyo a las técnicas de reproducción asistida. Este motivo lo propuso Hall y Stillman en 1993, para mujeres con escasa producción de óvulos. Con la clonación se podrían obtener varios embriones por división, a partir de uno sólo, para ser implantados en sucesivos intentos. Sin embargo, como ya es sabido, la mayor dificultad estriba en conseguir la implantación".<sup>49</sup>

---

49.- Kuthy Porter, José, *Temas actuales de Bioética*, México, Editorial Porrúa S. A., 1999, p. 188.

## CAPÍTULO 4.

### 4.- FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA ANTE EL REGISTRO CIVIL.

#### 4.1.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

##### 4.1.1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Entre las personas involucradas en cualquier técnica de reproducción asistida encontramos principalmente a la pareja o la mujer soltera que desea concebir un hijo y el personal médico que ejecuta las técnicas para llevar a cabo la concepción artificial, dichas conductas tienen un sustento jurídico en nuestra Constitución, y que a continuación comentaremos.

Dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ordenamiento jurídico fundamental de nuestro país establece dentro del capítulo de las garantías individuales, el principio de igualdad en su artículo primero, que a la letra dice *En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.* Es así como la Constitución establece una serie de derechos básicos o fundamentales que se otorgan a cualquier individuo (hombre o mujer), por el sólo hecho de ser persona humana, que además la propia Constitución deberá proteger.

Es así como los derechos consignados en nuestra ley fundamental y su protección pertenecen a todos los individuos, sin distinción alguna, estableciendo dentro del artículo en mención, la prohibición de toda discriminación, incluyendo el estado civil de las personas, lo que da una visión más amplia de la protección constitucional, no existiendo ninguna distinción entre una persona soltera o casada por lo que ambas gozan de los mismos derechos y por lo tanto de las mismas obligaciones. Como si esta protección no fuera suficiente se agrega, o cualquier situación que atenté contra la dignidad y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por lo que ante este principio de igualdad que establece nuestra Carta Magna todos los hombres y las mujeres tendrán derecho a beneficiarse de los avances que en materia de reproducción asistida existan, sin embargo, la ciencia actualmente permite cumplir únicamente las demandas de las mujeres y no la de los hombres cuando unas y otros actúan en forma individual.

Si bien el derecho a la reproducción le corresponde por igual a los hombres y mujeres, aquéllos pueden tener más dificultades para realizarlo por necesidad de contar con un útero gestador. "Se podría plantear que los hombres se encontrarían en un supuesto similar al de las mujeres que no pueden llevar a cabo el proceso gestativo y que ha dado origen a la aparición de las llamadas madres sustitutas".<sup>50</sup> Pero este tipo de contratos de madres de alquiler, no tienen validez jurídica dentro de nuestra legislación, al considerarse ilícito por estar en contra de los principios de orden público y buenas costumbres; además el objeto del contrato sería el niño el cual está fuera del comercio y no es transmisible y debemos recordar que por ningún motivo se puede transigir sobre el estado familiar de las personas. Sin olvidar que la madre sustituta al entregar al niño se encontraría ya ante una figura penal de abandono de persona. Ante esta situación debemos tomar siempre en cuenta los límites que establece la propia ciencia para acceder a las técnicas de reproducción asistida al igual de los límites que establece la propia ley.

El derecho a la reproducción humana tiene un carácter general, que se deduce a la persona física individual, por lo que estas técnicas son igualmente aplicables a las parejas casadas y a las no casadas. No pudiendo establecerse ninguna diferenciación, ya que representaría una condición de discriminación, lo que estaría en contra de nuestra ley fundamental.

Actualmente la tendencia general es que estas técnicas se apliquen exclusivamente o al menos preferentemente a las parejas matrimoniales o con una relación estable. Pero es innegable que en la actualidad muchas mujeres no estériles demandan estas técnicas para acceder a la maternidad en solitario. Y de acuerdo a la Constitución, no se puede impedir el derecho de la mujer a fundar libre y responsablemente, su propia familia, aún en el caso de no poder acreditar la existencia de una pareja estable o de acceder en forma individual a la reproducción, debido a que no se exige condiciones ni requisitos para ser madre (exista o no esterilidad o infertilidad en la mujer) y en consecuencia la ley no puede restringir sin justificación suficiente el ámbito de libertad que la Constitución reconoce. No pudiendo negarse la validez de la familia formada por un solo adulto, como lo prueba el hecho legal de la familia constituida por personas solas que adoptan hijos.

Así se ha hecho constar cuando se habla que tales derechos o garantías constitucionales únicamente podrán restringirse o suspenderse en los casos y las condiciones que la propia Constitución señala. No pudiendo ser limitada en ningún caso por ninguna legislación secundaria o por particulares. Por lo que tendría que plasmarse en la misma constitución los límites que se pudieran establecer a la reproducción humana, que actualmente se basan en el hecho de acreditar una paternidad responsable.

Basándonos en el principio de igualdad que se establece entre los individuos, el artículo cuarto del mismo ordenamiento jurídico en mención hace una referencia en forma directa y explícita al mencionar que el varón y la mujer son iguales ante la ley y por

50.- Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, España, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 69.

consecuencia adquiriendo los mismos derechos y obligaciones que impone la ley.

Pero la parte más importante en nuestro estudio se encuentra en el segundo párrafo del artículo cuarto Constitucional que establece que: *Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.*

Como se puede observar la Constitución no reconoce un derecho expreso a la reproducción humana, pero tal facultad tiene su fundamento en el reconocimiento de la libertad de cada individuo que tiene de libre decisión, está libertad y el reconocimiento de la especificidad de la naturaleza humana avalan la facultad de toda persona a su propia reproducción. Así el derecho a la reproducción es consecuencia de un derecho a la libertad, como una manifestación directa de la autonomía física de la persona, lo que permite al sujeto acceder tanto a la reproducción en forma natural como valerse de las nuevas tecnologías reproductivas.

El derecho a la procreación, por lo tanto, no es un derecho que se debe basar únicamente en el matrimonio (aunque este sea principal forma de organización jurídica de la familia), sino en base a la persona, y su justificación se encuentra en el derecho a la libre regulación de la vida privada, por lo que el interés de tener hijos forma parte de la tutela asegurada por el ordenamiento jurídico a la personalidad. Por lo que si el Estado no puede prohibir a la pareja tener o no tener hijos, tampoco le puede prohibir el recurso de la reproducción artificial, además de que, cualquier medida en este sentido, sería absolutamente inútil.

La reproducción puede relacionarse con la familia, pero no siempre con el matrimonio, estas forman dos facetas distintas. La pareja que vive en concubinato cuenta con el mismo derecho de utilizar las técnicas de reproducción asistida, lo que importa es que los padres se hagan responsables de su hijo, es decir, de las consecuencias jurídicas derivadas de las relaciones paterno-filiales y no depender si se encuentran casados o no. Por que el Estado tutela a la familia y no su forma de organización que puede ser variada, ya que en la familia es la organización primaria fundada sobre vínculos de parentesco, en donde la solidaridad suele manifestarse en mayor grado, por que en su seno nacen, crecen y se educan las nuevas generaciones.

En este sentido la mujer soltera tiene al igual que todos, la libertad de procrear, por vía natural o por vía artificial exista o no esterilidad o infertilidad, ya que lo único que exige el Estado como requisito para la paternidad es la protección del menor. La ley española establece ciertos supuestos en los cuales se puede llevar a cabo la reproducción asistida en mujeres solteras, entre los cuales encontramos los siguientes: "1) la mujer sola podrá recurrir a estas técnicas de reproducción asistida: si padece una esterilidad irreversible que las justifique, con cargo a la Sanidad Pública, en los centros sanitarios públicos, concertados o vinculados a ella; 2) la mujer sola no estéril podrá recurrir a la inseminación artificial con semen de donante, con gasto a su cargo; 3) para autorizar estas

técnicas de reproducción a la mujer sola, Los Centros y Servicios Sanitarios habrán de recibir previamente de la mujer, la información documental de que no está casada ni constituye pareja estable, así como de que puede mantener y educar dignamente a la posible descendencia, facilitándole al adecuado ambiente de bienestar y evitando que los así nacidos puedan ser vejados o discriminados socialmente, por causas ostensibles y notorias con ella relacionadas".<sup>51</sup>

Así, el problema del derecho a la reproducción como un derecho de autodeterminación física, es propiamente un problema de libertad. En primer lugar, porque supone una opción vivencial de especial trascendencia que vincula muy directamente la libertad física, y en segundo lugar, porque las restricciones, en su caso, no derivarían del cumplimiento de una pena, sino al contrario, de un acto de libertad que debería hacerse compatible con la libertad de los demás y el respeto a la ley. En materia de reproducción asistida, el acto procreativo no deriva de la relación sexual; por lo que es en sí mismo y directamente un acto de autodeterminación y autonomía del sujeto que la práctica.

De esta forma nuestra Constitución garantiza al hombre y a la mujer la libertad de tener hijos, en el número y espaciamento que ellos decidan; pero les impone la obligación de procrear de manera informada y de forma responsable. Porque los hijos requieren tener todos los medios necesarios para un buen desarrollo físico, psíquico y social; que los padres están obligados a proporcionarlos, a fin de formar hombres y mujeres útiles para la sociedad. De aquí que la ley llame la atención sobre la responsabilidad que la pareja tiene cuando decida -y ese es el ámbito de libertad- dar vida a un nuevo ser humano.

El Estado en materia de procreación sólo debe proporcionar a los hombres y mujeres los servicios informativos adecuados sobre como planear a la familia de acuerdo a sus propias ideas. Pero el Estado no puede intervenir en las decisiones que hombres y mujeres adopten sobre su paternidad sea natural o artificial.

Por lo que refiere a los médicos o personas que practican la reproducción asistida, el artículo quinto de la Constitución establece que: *A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos.*

El hombre sobrevive y progresa mediante su propio trabajo. Garantizar que pueda libremente escoger su medio de sustento o la actividad que le acomode siendo lícitos es decir, no prohibidos por la ley, constituye uno de los propósitos fundamentales que debe proteger la sociedad, a través de sus ordenamientos jurídicos. Dicha libertad de trabajo solamente puede ser limitada por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero o resolución gubernativa debe basarse la mencionada resolución en una ley, que a su vez determine cuando cierta labor ofende los derechos de la sociedad, lo que ha dado pie para que los códigos penales dicten sanciones al ejercicio profesional.

51.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, *Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho)*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 148.

Por lo que el médico podrá practicar cualquier técnica de reproducción asistida con la única condicionante de que su práctica no vaya en contra de nuestras leyes, es decir, que sea lícita. Para considerarse lícitas, deberán de realizarse conforme a su finalidad, es decir, la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras técnicas terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces o en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas cuando estén estrictamente indicadas.

Por todo ello, el médico no puede cumplir ciegamente cualquier demanda de fecundación artificial, sino que dentro de sus facultades tendrá que pensar también en posibles consecuencias adversas para el futuro ser humano. En este sentido, la ayuda terapéutica en medicina de reproducción no se ha de comprender como una mera relación bilateral médico-paciente, sino como una relación trilateral, donde se incluya al que va a nacer.

Por tal motivo el médico no debe de tener un papel de instrumento sino debe de ser parte del proceso de fecundación al preparar a los futuros padres de las consecuencias físicas de someterse a un tratamiento médico de esta naturaleza, como la responsabilidad que conlleva un embarazo cualquiera que sea su origen (natural o artificial) y las consecuencias que conllevan la paternidad.

#### **4.1.2.- Código Civil para el Distrito Federal.**

Todas las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, concubinato, parentesco o filiación, en los cuales se forma el círculo afectivo más importante que se da en la sociedad; la familia. Para que se surjan estas relaciones jurídicas familiares el Derecho las debe de reconocer, de lo contrario estas no existen, por lo que el Derecho exige una serie de requisitos o formulismos legales para producir determinadas consecuencias jurídicas.

Esta situación toma relevancia dentro de nuestro estudio, la ley no establece ninguna distinción de los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen, por lo que los hijos nacidos en el matrimonio, en el concubinato o sean adoptados, al igual que los hijos concebidos por alguna técnica de reproducción artificial (homóloga o heteróloga) deberán de contar con los mismos derechos, para que no se establezcan prácticas discriminatorias de ningún tipo y menos ante un ser que acaba de iniciar su vida. Pero estos derechos sólo serán exigibles en el caso de la filiación cuando una persona o una pareja se encuentre dentro de una presunción legal, exista un reconocimiento voluntario o judicial o cumplir las exigencias que pide la ley para adoptar, de lo contrario no podrán ser exigibles.

De esta forma el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 293 en su segundo párrafo establece que: *También se da el parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de reproducción asistida y de quienes la consentan.* De esta forma se rompe la visión tradicional que reflejaba los presupuestos de la realidad biológica que determinaban la filiación, al tomar en cuenta los avances que en materia de medicina reproductiva han surgido y forma parte ya de nuestra realidad.

Como se puede observar el Código Civil toma en consideración que el hombre a logrado superar sus problemas de esterilidad o infertilidad por medio de los avances tecnológicos, sustituyendo las vías naturales para alcanzar la concepción, por vías artificiales, las cuales permiten al ser humano perpetuarse.

Entrando al estudio del artículo en mención, nos habla de reproducción asistida, entendida como cualquier tratamiento medico que permita la unión del espermatozoide con el óvulo sea intracorporalmente (ejemplo: inseminación artificial) o extracorporalmente (ejemplo: fecundación in vitro) sin la existencia de copula, con la finalidad de lograr la fecundación hasta el nacimiento del niño. Al originarse la descendencia consanguínea, sobre el hijo producto de reproducción asistida, se considera a esta técnica en forma genérica no haciéndose ninguna distinción si se realiza en forma homóloga ( utilización de óvulos y semen del matrimonio o de una pareja estable) ó heteróloga (utilización de óvulos o semen de donantes). Sólo se pone como condición que se de el consentimiento, pero no se establece ningún requisito de como debe darse el consentimiento o ante que persona o institución debe de darse para que se considere como válido, legal o como prueba de filiación. De la misma forma no se establece si esta técnica sólo se puede aplicar a los cónyuges, concubinos o individuos solteros. Por la forma tan general del artículo en mención nos remitiremos a otros apartados del Código Civil que tratan de regular la reproducción asistida.

Por lo que concierne al matrimonio el Código Civil para el Distrito Federal establece en su artículo 162 que: *Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.* Esta disposición toma como base el artículo cuarto constitucional, pero con la diferencia que lo limita a los cónyuges tomar la decisión del número de hijos que quieran tener, y el tiempo en que los quieran concebir, en base a que la procreación o perpetuación de la especie, uno de los fines del matrimonio.

De esta forma se amplían las posibilidades para establecer la filiación en el matrimonio y con ello la producción de consecuencias jurídicas entre padres e hijos, surgiendo como una modalidad de adquirir la filiación, la reproducción asistida, para toda persona concebidas bajo estas técnicas artificiales, como se puede notar representa un gran avance dentro de nuestra legislación ya que se rebasa el nexo biológico con el que

anteriormente se basaba cualquier relación familiar, ya que con la reproducción artificial sea homóloga o heteróloga puede existir o no una relación biológica entre el hijo y sus padres. La única excepción que antes existía era la adopción, en que de igual forma la relación familiar no se basa en un vínculo sanguíneo, si no en un consentimiento expreso y con las formalidades que la ley señala, para que a través de una aprobación judicial, se realizara legalmente la adopción, creando un vínculo de filiación.

La reproducción asistida cuenta con una protección dentro del Derecho Civil al ser una forma de constituir una familia y por consiguiente dar origen a relaciones jurídicas familiares.

El problema que se presenta dentro del Código Civil para el Distrito Federal dentro de los artículos anteriores, es que se habla de reproducción asistida en forma general, por lo que no se establece distinción alguna si dicha método se debe de aplicar en su modalidad de homóloga o heteróloga, en consecuencia se establecerá los mismos derechos y obligaciones entre padres e hijos cuando utilicen cualquier de estas dos modalidades. Estableciendo como condición que ambos cónyuges deberán de estar de acuerdo con el número de hijos que vayan a concebir sea natural o artificialmente.

En el uso de las técnicas de reproducción asistida se establece como excepción en contra de la impugnación de la paternidad, así el Código Civil en el artículo 326 en su segundo párrafo establece que: *Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.* Esta excepción sólo surte efectos como se puede observa cuando se cumplan dos condiciones; que sea dentro del matrimonio y se tenga el consentimiento expreso del cónyuge para utilizar dichas técnicas.

Ante esta situación surgen varias interrogantes, ¿el consentimiento expreso únicamente sirve para que no se pueda impugnar la paternidad? o ¿el consentimiento expreso es necesario en la práctica de cualquier método de reproducción asistida?. El consentimiento expreso dado al cónyuge da seguridad jurídica al cónyuge que por ningún medio se puede impugnar la paternidad, a su vez ofrece certeza jurídica al que se va a concebir de una filiación segura, es decir, contar con padres que se harán responsables de él y la existencia entre padres e hijos los derechos y obligaciones que la ley impone.

Sin embargo, el Código Civil no da los lineamientos mínimos para recoger este consentimiento de forma que se pueda considerar como válido, ni da una mención ante quien o cual persona deba darse dicho consentimiento, dejando incertidumbre sobre la figura de la filiación que se pretende regular.

En el mismo sentido, el artículo 329 del mismo ordenamiento señala que *la paternidad del hijo nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio no podrá ser impugnada en los casos de fecundación asistida, si el cónyuge expreso su*

*consentimiento para ello*. Esto tiene su razón de ser en que la filiación en este caso no deriva de una situación biológica natural entre los padres, sino del consentimiento que ellos proporcionan para la realización de un procedimiento técnico que permita la concepción.

De esta forma, el Código Civil establece otra excepción para no poder impugnar la paternidad, después de los trescientos días de disolución del matrimonio, dejando en una situación de indefensión al marido ya que si se comprueba que dio el consentimiento de manera indubitante, transcurrido el plazo si se produce un embarazo por medio de alguna técnica de reproducción asistida el hijo será del cónyuge a pesar de la existencia de la disolución del matrimonio, provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, imponiéndole todas las cargas jurídicas que la ley impone.

Esta situación se agrava cuando la mujer recurre al uso de la reproducción asistida heteróloga, en donde el hijo concebido no va a contener la herencia genética del marido, por lo que si su esposa tiene una relación con otro hombre sin casarse, al marido se le impide impugnar la paternidad al no considerarse como padre biológico, se le prohíbe desconocer su paternidad social por ofrecer su consentimiento una vez ya que el Código Civil no contempla o no habla de una revocación del consentimiento, parece dar la impresión que una vez dado el consentimiento es único y permanente porque tampoco se habla de ningún plazo que dura el consentimiento.

En otro orden de ideas, por lo que concierne al concubinato no hay disposición expresa para el uso de técnicas de reproducción asistida como se da en el caso del matrimonio, sin embargo, se establece que el parentesco consanguíneo lo adquiere el hijo producto de reproducción asistida que debe estar de acorde con las presunciones que determina la ley para considerar a los hijos nacidos de concubinato.

Considerando como un factor importante que nuestro ordenamiento jurídico considera el concubinato como una forma de formar una familia, realidad actual, extendida en la sociedad. Además como anteriormente mencionamos la libertad de reproducción, sólo tiene como límites la paternidad responsable y no se necesita como condicionante jurídica el matrimonio para procrear.

Como se estableció la mujer soltera puede recurrir a cualquier técnica de reproducción asistida, ya que la ley no establece en ningún momento como requisito estar casada o tener una pareja estable para utilizar dichas técnicas, ya que la mujer soltera tiene derecho a fundar su familia. "No se puede impedir el derecho de la mujer a fundar, libre y responsablemente su propia familia, aún en el caso de no poder acreditar la existencia de una pareja estable".<sup>52</sup> La única condición con la cual se debe de cumplir es con una procreación responsable para poder cubrir las necesidades que el menor necesite para su normal desarrollo.

52.- Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, España, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 71.

#### **4.2.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA ACTUAL.**

Nuestro país no ha estado alejado al avance de la tecnología y menos en lo que se refiere a la reproducción artificial, por lo que las nuevos avances tecnológicos surgidos en nuestro entorno han planteado interrogantes que superan lo que se hubiese podido prever en la ley, por lo que es necesario actualizar nuestra legislación ante una realidad actual.

La problemática jurídica que se presenta en nuestra legislación sobre las técnicas de reproducción asistida recae principalmente en dos situaciones, la primera se encuentra en los ordenamientos jurídicos que han tratado de regular la reproducción asistida no cubren todas las situaciones que se puedan dar al utilizar estas técnicas y segunda situación se refiere a la regulación sobre la filiación de los hijos nacidos bajo estas circunstancias no son apropiadas, y en algunas ocasiones hay incertidumbre de la filiación o no queda totalmente protegida dejando un vacío jurídico de la filiación.

En lo referente a los ordenamientos jurídicos que tratan de regular la reproducción artificial, los esfuerzos son bastos pero los resultados legislativos no siempre reflejan la dinámica que requiere la sociedad, entre lo que encontramos los siguientes:

##### **Ley General de Salud.**

“Esta ley fue publicada el 7 de febrero de 1984 en el Diario Oficial de la Federación reglamentando el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4 constitucional, la ley inicio su vigencia el 1 de julio del mismo año”.<sup>53</sup> Para establecer las bases y las modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

Desde el ámbito del derecho a la salud, apreciamos que la Ley General de Salud determina dentro de sus objetivos de la planeación familiar el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana y biología de la reproducción.

La regulación específica respecto de los procedimientos de fertilización asistida atañen a la normatividad aplicable a la disposición de órganos tejidos y células. Donde se sólo se incluyen presupuestos para la utilización de técnicas de reproducción asistida, al establecer el concepto de células germinales como aquellas células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión y el concepto de embrión como el producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

<sup>53</sup>- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, p. 1.

Se norma con ello la posibilidad de su utilización para efecto terapéutico, de docencia o de investigación, al ser ampliado también el concepto de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos como el conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los embriones y fetos, para los fines señalados.

Así tenemos que en cualquier técnica de reproducción artificial homóloga, es decir, aquella que se efectúa con el esperma del marido o del concubinario aplicado a los óvulos de su esposa o concubina, no presenta ningún problema jurídico en particular, puesto que técnicamente se trataría de las disposición de componentes de tejidos para la reproducción artificial que sigue las reglas generales aplicables a la donación y trasplantes de órganos, tejidos y células de la Ley General de Salud, asimismo la legislación civil tomará en cuenta que el hijo concebido mediante este método es producto de matrimonio o del concubinato, bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural, siempre y cuando se cumplan las presunciones que establece el mismo Código Civil.

Los problemas comienzan a surgir cuando la inseminación es heteróloga, es decir, aquella en la que se usa el semen o los óvulos proporcionados por un donante ajeno a la pareja para la reproducción asistida o si ésta se realiza en una mujer soltera, viuda o divorciada, pues si bien es cierto que por lo regular la disposición de órganos y tejidos y sus componentes se realiza en personas ajenas al núcleo familiar del receptor, existe una regulación civil estricta por lo que concierne a la filiación.

Si se otorgó el consentimiento para la reproducción asistida como lo establece el Código Civil no se podrá impugnar la paternidad y no habrán problemas para determinar su filiación. Pero si no se otorgó el consentimiento se podrían presentar diversas situaciones, al no existir algún nexo genético con alguno de los padres, pudiendo generar incertidumbre jurídica en la filiación del recién nacido, ya que se puede impugnar la inexistencia de algún lazo consanguíneo y por consiguiente la paternidad.

Dentro de la Ley General de Salud encontramos una sanción cuando se realice inseminación artificial sin consentimiento pero únicamente de la mujer, plasmado en el artículo 466 que establece:

*Al que sin consentimiento de una mujer o aun con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicara prisión de uno a tres años , si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta el embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.*

Y en su segundo párrafo establece que: *La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.*

“Sobre este presupuesto jurídico se presenta la situación de que la Ley General de Salud no hace una mención extensa sobre las técnicas de reproducción asistida, pero si establece una penalidad para quien realice dicha conducta, que es aplicable directamente y únicamente al médico”.<sup>54</sup>

Como se observa y de acuerdo con nuestro estudio la inseminación artificial consiste depositar el semen del esposo o donante en el interior de los órganos genitales de la mujer, la cual constituye solamente una técnica de reproducción asistida que se realiza intracorporalmente, no toma en cuenta cualquier otra técnica que se realice extracorporalmente. Por lo que si se practicara otro método de reproducción asistida como puede ser una fecundación in vitro sin el consentimiento de la mujer o con el consentimiento pero de una menor o incapaz, no se podría aplicar ninguna sanción por no contemplarla la misma ley.

Por lo que se refiere a la prohibición para inseminar a la mujer casada cuando falte conformidad del marido, constituye una norma en blanco, ya que prohíbe una conducta pero no fija la sanción que merece su incumplimiento. Sin embargo, en la ley mexicana esta prohibición va dirigida al únicamente al médico y su violación debe ser entendida como una infracción administrativa que merece una sanción de este tipo.

Precisamente el artículo 416 de ese mismo cuerpo legislativo dispone que: *Las violaciones a los preceptos de esta ley, sus reglamentos y demás disposiciones que emanen de ella, serán sancionadas administrativamente por las autoridades sanitarias, sin perjuicio de las penas que corresponden cuando sean constitutivas de delito.* Las sanciones administrativas podrán ser, según el siguiente numeral, la multa, la clausura temporal o definitiva del establecimiento y el arresto del responsable hasta por 36 horas.

Por lo que inseminar a una mujer sin el consentimiento del marido, únicamente podría tener para el médico que la practicare una sanción administrativa, pero la filiación del menor quedaría en duda, ya que dependería del marido o concubino si aceptare la paternidad social o no. Lo que representa una inseguridad jurídica para el recién nacido al no tener certeza en su filiación.

### **Reglamento de la Ley General de Salud.**

Se presenta una nueva situación con el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, esté reglamento hace una referencia mayor a la reproducción asistida que la Ley General de Salud, dentro del capítulo denominado De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida.

54.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho), Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 445.

Dicho reglamento da una definición de fertilización asistida que como anteriormente se comentó sólo menciona dos técnicas de reproducción artificial, por lo que la definición se vuelve restringida, diferenciando la inseminación artificial (homóloga y heteróloga) y la fecundación in vitro, lo que apoya nuestro comentario sobre las sanciones que establece la Ley General de Salud.

Un aspecto importante que conviene destacar se presenta dentro del artículo 43 del reglamento en estudio pone como condición para la investigación en fertilización asistida como requerimiento forzoso la carta de consentimiento informado del cónyuge o concubinario, a diferencia del Código Civil que habla de reproducción asistida explícitamente para los cónyuges. Y el mismo artículo nos habla de tres supuestos cuando el consentimiento del cónyuge o concubinario no es indispensable.

Primero, en el caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo, esta situación está acorde con el Código Civil para el Distrito Federal que establece que en el caso de los cónyuges que se encuentren en estado de interdicción, la tutela corresponde legítima y forzosamente al otro cónyuge, por lo que tendría que dar el consentimiento del marido su representante, que sería su esposa, convirtiéndose en una situación absurda, por lo que el reglamento toma en cuenta esta situación y no lo pide el consentimiento en esta situación, sino por el contrario amplía el mismo criterio al concubinario; en segundo lugar, cuando el concubinario no se haga cargo de la mujer, aquí se abre la posibilidad a la reproducción asistida para la mujer sin la necesidad de una pareja estable y el tercer caso, se da cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido, esta situación se da con el propósito de que la mujer al estar en peligro su salud, sea únicamente ella la responsable de cualquier circunstancia que se pueda presentar.

El reglamento establece un límite, al determinar que la investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplica a solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera.

El Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, a diferencia de la Ley General de Salud, regula de una manera más amplia la reproducción asistida, toma en consideración la expresión del consentimiento, sin embargo, lo hace en forma limitada y deja una gama muy amplia de supuestos que deja sin regular. En principal problema tiene base en que el Reglamento en mención no se refiere propiamente cuando las técnicas de reproducción artificial se practique o realice en una mujer, sino la normatividad que regula el reglamento únicamente es cuando se investiguen las técnicas de fertilización asistida y en la actualidad las técnicas de reproducción asistida que se practican son en la actualidad una realidad ya no se encuentra en fase de experimentación. Por lo que este reglamento tiene sólo una aplicación administrativa en lo referente a la investigación para la salud en los sectores público, social y privado de aplicación en todo el territorio nacional.

### **Código Penal para el Distrito Federal.**

Otro ordenamiento que nos habla de técnicas de reproducción asistida es el Código Penal para el Distrito Federal, en su capítulo de Procreación Asistida e Inseminación artificial, en el cual al igual que el Ley General de Salud, todas las sanciones van dirigidas únicamente al médico o persona que practique la reproducción artificial o a un mal manejo de los gametos donados contrario a los fines destinados por sus donantes.

A diferencia de la Ley General de Salud, el Código Penal para el Distrito Federal no sólo castiga la inseminación artificial sin consentimiento, también la implantación de cualquier óvulo fecundado cuando el óvulo o esperma sean donados sin expresar consentimiento. Mientras que en el segundo caso si se realizara la implantación de un óvulo fecundado con esperma y óvulos del matrimonio o concubinato, esta no sería sancionable aunque no diera su consentimiento, pues la sanción sólo se dirige cuando el óvulo fecundado sea donado por un tercero.

El Código Penal aumenta las penalidades en el caso de que se produzca un embarazo, el mismo Código autoriza el aborto explícitamente en el caso de la inseminación artificial, es decir, cuando se realiza intracorporalmente pero cuando se implante un óvulo fecundado sin consentimiento de la mujer, en forma extracorporal no se autoriza el aborto, siendo estas dos técnicas totalmente diferentes.

Refiriéndose al consentimiento, el Código Penal sólo necesita el consentimiento de la persona quien va a someterse a cualquier técnica de reproducción asistida en este caso sería únicamente de la mujer, para justificar esta práctica como legal, no habiendo ninguna sanción si no existe el consentimiento del marido o cónyuge, a menos que la persona que realice esta práctica sea menor de edad o incapaz de comprender el significado del hecho, que a pesar de otorgarlo sería ilegal.

El Código Penal sanciona también la clonación pero no se maneja como técnica de procreación asistida sino como manipulación genética.

Toda sanción penal tiene como presupuesto la realización de dicha conducta para poder castigarla, por lo que dichas conductas se consideran reales. Pero de igual forma que otros ordenamientos sólo hay certeza de la filiación respecto a la madre pero nunca al padre, no se establece ninguna sanción si el padre no da el consentimiento para la práctica de la reproducción asistida.

La segunda situación problemática que se presenta se refiere a la regulación sobre la filiación de los hijos nacidos por reproducción asistida que puede dejar incertidumbre sobre su filiación de ambos padres.

En nuestro derecho la maternidad se establece legalmente por dos supuestos el parto y la identidad del hijo; el hecho del parto debidamente acreditado por las constancias que recibe el juez del Registro Civil sirven para atribuir la maternidad sin que sea necesario el reconocimiento.

Es la aplicación de la regla *partus sequitur ventrem o mater semper certa est* presupone que hay coincidencia entre la mujer cuyo óvulo es fecundado y la que sobrelleva el embarazo y finalmente da a luz al niño, es decir, la determinación legal de la maternidad por el parto no pasa de ser como toda determinación legal de la filiación, la afirmación de una realidad biológica presunta. "Sin embargo, con la aplicación de técnicas de reproducción asistida con óvulo donado plantea de entrada la posibilidad de especular acerca de los límites a la atribución legal de la maternidad por la prueba del parto. Tales límites resultarían ante el planteo de una acción de impugnación de la maternidad deducida contra la mujer que ha dado a luz el hijo pretendiendo probarse que éste no fue concebido por ella, sino mediante un óvulo ajeno".<sup>55</sup>

Planteamientos de esta naturaleza podrían originarse en la acción deducida por el marido de la mujer casada o sus herederos, por el hijo, eventualmente por la mujer misma y por terceros con interés legítimo.

El planteamiento supone que la maternidad biológica está determinada, genéticamente, por el aporte de los óvulos fecundados, y, en consecuencia, no es la madre la que a pesar de haber recibido el embrión, sobrellevado el embarazo y dado a luz al niño, no concibió a éste con su aporte genético. En suma, y si esto fuere así, aunque la maternidad está determinada legalmente por el parto, genéticamente se determina por la concepción de óvulo propio.

Situación que puede generar dos formas de resolverse, se puede anteponer en miras al interés del hijo y sobre todo en salvaguarda de la certeza del estado de familia, la determinación de la maternidad por el parto, sin admitir, en ningún caso, impugnaciones que se funden en determinaciones biológicas derivadas de fertilización mediante óvulos donados. O por lo contrario la determinación genética de la maternidad y en ese caso admitir, la impugnación de la que objetivamente y de acuerdo con la ley se puede atribuir al parto.

Por esta razón es necesario asumir que en esta hipótesis, el nexo filial no debe de tener sólo un fundamento biológico, pues éste existe con ambas protagonistas sino que indispensablemente tendrá que ponderarse la voluntad procreacional. Pero la voluntad procreacional no sólo se reduce a culminar el embarazo y dar a luz físicamente, al niño, sino, además, requiere asumir voluntariamente la responsabilidad materno filial a través

55.- Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Segunda edición, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989, p. 496.

del reconocimiento del hijo. De no resolverse desde la perspectiva de este nuevo enfoque, el recién nacido tendría incertidumbre de su filiación.

La voluntad procreacional permite dar respuesta desde una nueva perspectiva a los interrogantes relativos a la atribución de la maternidad del hijo. Así la voluntad procreacional en la madre que dará a luz al hijo descartará voluntad procreacional de la donadora.

Dotar de importancia la voluntad procreacional como suficiente para crear el nexo en el estado filial ha de constituir una necesidad. Sin embargo, esta no es necesaria en la mujer ya que la relación materno filial, se deduce del parto y de las constancias médicas. Pero de esta manera se atribuirá el hijo exclusivamente a un padre y a una madre. Aplicando los mismos principios cuando exista donación de semen.

Por lo que concierne al padre, la ley presume que los hijos nacidos durante el matrimonio o concubinato tiene por padre al marido o al concubinario.

De igual forma se considera padre del hijo al esposo o varón que conviva con la madre cuando éste haya prestado su consentimiento para la reproducción asistida, en consideración a todas las circunstancias es probable que el hijo haya sido engendrado mediante reproducción asistida.

Como lo establece el Código Civil en el caso del matrimonio, el marido no está facultado legalmente para impugnar la paternidad si dio el consentimiento para la práctica de cualquier método de reproducción asistida, al dar su consentimiento, el hombre expresa su voluntad procreacional, por lo tanto, se encuentra en la imposibilidad de estar en contra de los propios actos, siempre que el consentimiento se pueda demostrar de manera fehaciente o que dicho consentimiento sea considerado como válido.

Pero con la aplicación de técnicas de reproducción artificial en la modalidad de heterólogas, si el marido o concubinario no dio el consentimiento para la reproducción asistida de su pareja. Surge la posibilidad de que el marido o concubino desconociera la paternidad del hijo dado a luz por su mujer alegando que no existe ningún nexo biológico entre el y su hijo. Con la existencia de un sistema de impugnación, la paternidad del marido o concubinario presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de la existencia de pruebas que la contradicen. Idéntico planteo, parece obvio, podrían realizar otros terceros que pudieran verse afectados dentro de su esfera jurídica.

Resultaría paradójico que en un época en que las pruebas biológicas de la paternidad y maternidad permiten lograr índices de probabilidad cercanos a la afirmación absoluta, pudieran estas mismas pruebas constituir un modo de desnaturalizar la determinación resultante del parto, que una vez probado, impedía tradicionalmente su impugnación.

En el caso del matrimonio la problemática se acrecienta por las posibilidades jurídicas que ofrece el mismo Código Civil para el Distrito Federal, cuando no se otorgó el consentimiento por parte del cónyuge, se presenta la posibilidad de impugnación contra las presunciones de hijo de matrimonio, cuando le fue físicamente imposible haber tenido relaciones sexuales, durante los ciento veinte días de los trescientos que le han precedido al nacimiento, situación que se puede dar porque la reproducción asistida, no es necesario la cópula entre los cónyuges y menos comprobándose que no existe un lazo genético entre el padre y el hijo.

Otra posibilidad que se presenta cuando no se otorgó el consentimiento por parte del marido para la reproducción asistida en su modalidad de heteróloga, el cónyuge puede valerse de esta situación como causas indirectas para invocarla como causales de divorcio. El marido podrá invocar el adulterio debiendo probar la existencia de relaciones sexuales como elemento material, la ley exige sólo una prueba indirecta porque los actos adulterinos se realizan clandestinamente porque si se exigiera la prueba directa se considera imponer al cónyuge ofendido una carga casi imposible de realizar, bastando únicamente una prueba presuntiva.

Por lo que el marido estará en posibilidad de dar esta prueba por medio del hijo concebido por su esposa, ya que el recién nacido no contara con la carga genética del que es el marido, no existiendo ninguna relación biológica entre ellos, comprobable por cualquier medio científico, bastando un examen de ADN (ácido desoxirribonucleico) en cual pondrá al descubierto que no hay identidad genética entre padre e hijo.

De igual forma cuando no se tiene el consentimiento del marido, el cónyuge podrá invocar como causal de divorcio la injuria, entendiéndose que para los efectos del divorcio de injurias, no es necesario que éstas tipifiquen el delito de ese nombre, sino que basta su calificación de tales en el aspecto civil, lo cual deberá hacer el juez al dictar la sentencia de divorcio. En la inteligencia de que injuria comprende elementos de contenido variable, no previstos por la ley en forma casuística, por lo que pueden constituir injuria: la expresión, la acción, el acto, la conducta, siempre que impliquen vejación, menosprecio, ultraje, ofensa y que, atendiendo a la condición social de los cónyuges, a las circunstancias en que se profirieron las palabras o se ejecutaron los hechos en que se hacen consistir, impliquen tal gravedad contra la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y desprestigiar al ofendido.

Surgiendo esta causal, al no pedir el consentimiento al marido para un acto tan importante que es la procreación y por consiguiente la formación de una familia y menos cuando para la fecundación se utiliza semen de un donante, entendiéndose que la injuria es una causal de contenido variable, que no está prevista en la ley de forma casuística por lo que puede consistir en un acto que implique menosprecio, de acuerdo a las condiciones sociales de los cónyuges y que los hechos en que consistan, impliquen tal gravedad contra

la mutua consideración, respeto y afecto que se deben los cónyuges, que hagan imposible la vida conyugal, por la dañada intención con que se profieren o ejecutan, para humillar y despreciar al ofendido, tal condición se da cuando se toma una decisión tan importante dentro del matrimonio que es formar una familia.

La nueva realidad es un reto a la imaginación del jurista quien se ha visto en la necesidad de replantear algunas instituciones clásicas de Derecho Civil, para poder hacer frente a las actuales situaciones que se dan dentro del Derecho de Familia.

La actualización se hace necesaria dentro del campo del derecho con la finalidad de dar seguridad a las figuras jurídicas más importantes dentro de la sociedad, en donde encontramos a la filiación, por ser dentro del seno de las familias donde se desarrollan las personas.

#### **4.3.- FORMALIZACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN EL USO DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

##### **4.3.1.- La seguridad jurídica del Registro Civil.**

Ante la limitación de los actuales ordenamientos jurídicos que regulan la reproducción artificial, se destaca la incertidumbre en que pueden dejar al recién nacido, al no asegurar su filiación, aunque el Código Civil para el Distrito Federal trata de solucionar esta problemática solicitando el consentimiento expreso del cónyuge para no poder impugnar la paternidad, no establece ninguna formalidad o establece ante quien se debe de dar, para considerarlo legalmente válido, por lo que si se da únicamente ante la institución de salud pública o privada donde se realice la reproducción asistida, estos documentos no tienen validez jurídica plena.

Por lo que si se pretendiera reconocer la filiación del recién nacido a través del documento emitido por el hospital o clínica se tendría que demostrar su autenticidad, porque el médico sólo puede certificar que en la mujer se practicó alguna técnica de reproducción asistida, pero nunca puede certificar la autenticidad de las firmas que otorgaron el consentimiento, de igual forma el padre al no ser un documento oficial puede impugnar la paternidad o simplemente decir que la firma donde se otorgó el consentimiento no le corresponde y se tendría que probar la autenticidad del documento como de las firmas, al no provenir de una institución que avale la autenticidad de tal documento se podría en duda su veracidad.

La inseguridad que presenta por el consentimiento que se plasma en un documento pedido por la institución de salud sea pública o privada, se presenta por diversas situaciones entre las más comunes encontramos, que en las instituciones de salud pública como anteriormente se señalo; si el consentimiento exigido al cónyuge por la Ley General

de Salud no se otorga, es sancionable al médico administrativamente, pero no se menciona nada a cerca de la filiación del recién nacido; de igual forma el consentimiento que se exige a los cónyuges o concubinos por el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud este únicamente se pide cuando los estudios de fertilización artificial se realiza con fines de investigación, entendiéndose como una forma de descubrir o experimentar para buscar nuevas técnicas, en lo que la práctica las técnicas de reproducción asistida son una realidad y se realizan de forma común y normal, como una medida contra la esterilidad o infertilidad y en algunos casos para formar una familia sin la necesidad de una pareja, por lo que al ya no formar parte de la investigación, ya no es exigible dar el consentimiento.

Por lo que se refiere a las instituciones de salud privadas, que en la mayoría de los casos su único fin es la realización de las técnicas de procreación artificial, además de ser el lugar donde practican la mayor cantidad de ellas por su especialización; estas clínicas tienen por regla general una reglamentación interna variable, que no es posible determinar si se les exige a las parejas otorgar el consentimiento, lo que se puede dar es que cuando es una inseminación homóloga, el consentimiento se expresa únicamente de forma tácita al donar el semen, de igual forma no hay un documento que pueda dar certeza jurídica de que el consentimiento expresado es oficialmente válido, pudiendo objetar de igual forma el documento, además las clínicas por ser privadas pueden generarse otro tipo de situaciones como un cierre de instalaciones lo que propiciaría que el documento desaparecería, o un cambio de propietario y aunque la clínica se dedicara a la misma actividad los archivos podían desaparecer además los hospitales no están obligados a guardar documentos de pacientes cuando estos dejan de atenderse en sus clínicas o conservan los archivos de sus pacientes por un tiempo mínimo, lo que no hace que estén disponibles de forma permanente.

Por lo que en nuestra propuesta de tesis hacemos referencia al Registro Civil por ser una institución de carácter público, la cual presenta una seguridad jurídica derivada de sus características de operación y funcionalidad que van de acorde para asegurar la certeza de la filiación, que a continuación describiremos:

En primer lugar podemos definir al Registro Civil “como una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, a través de un sistema organizado, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, mediante la intervención de funcionarios estatales dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen tengan un valor probatorio pleno en juicio y fuera de él”.<sup>56</sup>

Teniendo como finalidad, conocer, autorizar, inscribir, resguardar y dar constancia de los hechos y actos del estado civil de las personas, que dispone el Código Civil para el Distrito Federal, con legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, por conducto de los Jueces del Registro Civil, debidamente autorizados para dichos fines.

<sup>56</sup>- Baqueiro Rojas, Edgard, Introducción y personas, México, Editorial Harla, 2003, p. 229.

Las personas que intervienen en las actas del Registro Civil son:

- 1.- El juez del Registro Civil.
- 2.- Las partes que son las personas de cuyo estado se trata.
- 3.- Los testigos que hacen constar la veracidad del hecho o hechos mencionados en el acta.
- 4.- Los declarantes cuya información es necesaria para ciertos actos como el nacimiento y la defunción (médicos y parteras).

Todas las inscripciones que se realizan en las Oficinas del Registro Civil se asentarán en formas especiales que se denominan formas del Registro Civil. Las actas del Registro Civil son documentos auténticos, destinados a proporcionar una prueba cierta del estado civil de las personas.

El Registro Civil como se observa gira en torno al estado civil de las personas entendiéndose por este, como el conjunto de vínculos jurídicos que se desarrollan alrededor de la familia. Es por esta situación de nuestra propuesta, ya que al someterse a cualquier técnica de reproducción artificial deriva en un vínculo familiar y jurídico, que es la filiación, de gran importancia por las consecuencias jurídicas que produce.

La seguridad del Registro Civil se basa en varios elementos uno de ellos lo encontramos en la inscripción en las actas las cuales se hacen mecanográficamente y por triplicado en las formas especiales destinadas a ese objeto. Entendiéndose que cada una de las formas no son original y copia, sino cada una es original. La existencia por triplicado de cualquier acta da seguridad de la existencia de toda inscripción, a diferencia de cualquier otro registro.

Por lo que se refiere a la modificación de las actas del estado civil de las personas, dan lugar a una inscripción marginal, en las actas relativas a ese estado civil, levantadas con anterioridad. Una de las ventajas de esta situación, es contar con antecedentes de la misma acta del estado civil de las personas.

Otro elemento que da seguridad jurídica responde a que las actas del Registro Civil hacen prueba plena, mientras no se demuestre lo contrario. Debe decirse que los actos del Registro Civil no son personales, es decir, que las partes pueden comparecer solicitando la redacción del acta correspondiente, por medio de representante o apoderado debidamente constituido.

El artículo 39 del Código Civil, establece que: *El estado civil de las personas sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil...* y que no se puede admitir

otro documento o medio de prueba para tal objeto; salvo el caso de que sean destruidos ambos registros o las formas estuvieren ilegibles o se hubieren perdido las hojas donde se pueda suponer que se encontraba asentada el acta; sólo en ese caso excepcional, se podrá comprobar el estado civil por medio de instrumentos o testigos; (artículo 40 Código Civil para el distrito Federal), pero si existen algunas de las otras formas aunque se hubieren inutilizado o desprendido las otras dos, la prueba del acta deberá tomarse de la forma que subsiste sin admitirse otra probanza.

El principal elemento que encontramos, es la fe pública depositada en los Jueces del Registro Civil, la cual se hace constar por medio de las inscripciones en documentos auténticos, otorgando certeza o seguridad a sus actos.

La fe pública la tiene y crea el Estado, que la delega a ciertos funcionarios con el fin de brindar seguridad jurídica a determinados actos importantes para la sociedad. La fe pública tiene la función de ser obligatoria, es decir, no depende de la voluntad de los individuos, en particular; la sociedad tiene el deber de creer en ella; y nace del Estado por su derecho a autodeterminarse de manera soberana es así como el Estado determina la forma de otorgar seguridad jurídica al conglomerado pasivo universal, que es uno de los fines primordiales.

Por lo que la falta de algunos elementos substanciales en el acta, tales como su redacción en documentos sueltos que no consten en los libros o la falta de firma del juez del Registro Civil, produce no la nulidad del acta, sino su inexistencia, lo que quiere decir que a ese documento en ningún caso puede dársele fuerza probatoria por sí mismo.<sup>57</sup>

Las cualidades y la funcionalidad del Registro Civil son las características que sirven de base para nuestra propuesta de formalización del consentimiento de los cónyuges o de los concubinos cuando se someta a cualquier técnica de reproducción asistida. Porque el Registro Civil es una institución que no deja lugar a dudas de la veracidad de sus actos y por lo que el registro que se propone no se podría existir otra institución que tenga las características similares del Registro Civil.

#### **4.3.2.- Formalización del consentimiento en el uso de técnicas de reproducción asistida ante el Registro Civil.**

Tradicionalmente la filiación era una consecuencia jurídica del nexo biológico que existe entre padres e hijos (excepto la adopción), con el avance de la ciencia, la filiación ya no debe de tomar como punto de referencia únicamente el nexo biológico, con la reproducción asistida el nexo biológico puede existir cuando se practica en su modalidad homóloga y no existe o sólo existe con uno de los padres cuando la modalidad es heteróloga lo ha abierto el panorama para una nueva fuente de filiación, la reproducción asistida.

<sup>57</sup>.- Cfr. Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer curso, México, Editorial Porrúa S. A., 2002, p. 431.

Se presentan diferentes consecuencias, cuando son aplicadas las técnicas de reproducción asistida cuando el consentimiento para su aplicación, no cuenta con un respaldo que ofrezca la seguridad de que se considerara válido para todos los efectos de la paternidad.

Por lo que se refiere a las normas propias del derecho administrativo que, en el orden sanitario y asistencial, garantizara la prestación de un servicio, pero no aseguran de manera fehaciente la certeza de la filiación del recién nacido por métodos artificiales lo que a la postre suscitaría conflictos redundantes en perjuicio del hijo.

En concordancia con el régimen legal que regula la prestación de los servicios de fecundación humana artificial, es menester que el derecho de familia ponga límites a las posibles acciones impugnatorias de la filiación, las cuales deben de estar acordes con la necesidad de tutela el interés familiar de los padres legales (o determinados legalmente) y del hijo.

El Código Civil para el Distrito Federal a tratado de dar certeza jurídica a la filiación del recién nacido por reproducción asistida, pero lo realiza de forma limitativa, cuando solicita el consentimiento expreso únicamente del cónyuge, olvidando dos situaciones trascendentales, no hace referencia explícita al concubinato en la aplicación de técnicas de reproducción asistida y no solicita el consentimiento de la futura madre, que en un momento dado tiene la posibilidad de poder impugnar su maternidad. Situaciones que pueden dejar en incertidumbre las relaciones jurídicas familiares que se pueden suscitar entre el recién nacido y su padres, es decir, su filiación.

Para dar seguridad jurídica de la filiación al recién nacido bajo cualquier técnica de reproducción asistida y en especial cuando se practiquen en su modalidad heteróloga, es decir, cuando hay donación de gametos (óvulos o esperma) para la fecundación, y por tal característica no hay un nexo genético con los padres o existe solamente con uno de ellos; se propone la formalización del consentimiento por parte de ambos padres, sean cónyuges o concubinos a través de un documento que avale el Registro Civil, que sirviera como prueba fehaciente de reconocimiento de la paternidad.

Lo que significara plasmar el consentimiento por escrito de los cónyuges o concubinos antes de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, asegurando la filiación del recién nacido, al no poder impugnar la paternidad por la inexistencia de una relación biológica.

En el documento constaría el hecho de intervención de la voluntad consciente de los padres para la autorización de la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida en la modalidad que se utilizará sea homóloga o heteróloga, lo que derivaría en la aceptación de las responsabilidades provenientes de las consecuencias jurídicas que derivarían de dicho consentimiento, siendo la principal, la aceptación de la filiación del recién nacido.

A través de este consentimiento por escrito, servirá para destruir toda posible impugnación que pretendan hacer el padre o la madre que recurrieran a estos métodos de reproducción asistida, principalmente cuando se utilicen en la modalidad heteróloga donde los óvulos o el semen que sirven para la fecundación son donados por un tercero ajeno a la pareja, por lo que el nexo genético con los futuros padres no existe o sólo existe con uno de ellos, por lo que las pruebas genéticas que ayuda a resolver con gran efectividad la filiación en este caso servirían para descartar la paternidad. Distinguiendo por consiguiente, dos clases de padres, los padres sociales o formales que son aquellos que por su propia voluntad asumen jurídica y socialmente dicha función; y los padres genéticos o biológicos, que son los padres que aporta los gametos (óvulos o esperma) sin pretender ninguna relación jurídico filial con el ser que nazca fruto de dicha donación.

Situación por la que deberemos de dotar de importancia la voluntad procreacional la cual debe ser reconocida dentro del moderno derecho de familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir o producir el vínculo paterno filial, aun en ausencia del elemento genético, tal y como ocurre en la adopción, porque en las nuevas técnicas de reproducción asistida sólo se tiene la voluntad de los padres como punto de referencia para crear el vínculo paterno-filial.

Esta voluntad puede comenzar a exteriorizarse antes del hecho biológico mismo; en la voluntad procreacional, es decir, en la unión sexual con la intención de engendrar y aunque parezca paradójico, en la voluntad procreacional sin unión sexual. Como ejemplo podemos encontrar cuando un hombre contrae nupcias con una mujer en estado de embarazo conociendo esta situación, asume legalmente una voluntad procreacional, de donde deriva su condición de padre del hijo que esa mujer dará a luz y que puede ser de él o no. En esta voluntad procreacional sin unión sexual, hay fundamento para la declaración jurídica de la filiación, como también el caso en que se perdona el adulterio, ya que, perdona la falta, el marido toma para sí la condición de padre y se responsabiliza de las consecuencias.

Esta estructura doctrinal se dirige especialmente a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, porque al realizar una técnica homóloga con semen del propio marido pese a que no hay unión sexual, tenemos la voluntad procreacional; y en el caso de una técnica heteróloga cuando el semen es proporcionado por un donador, también encontramos la voluntad procreacional, por que es el marido que consiente semejante procedimiento asume las consecuencias jurídicas del mismo y, por eso, la calidad jurídica de padre. "Ante las nuevas formas de impulsar la reproducción con material genético ajeno, la opción es asegurar, con tono imperativo y total convencimiento sobre la base de voluntad procreacional que el deseo de asumir la paternidad (tal y como ocurre en la adopción) sea reconocido como título suficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno filial".<sup>58</sup>

58.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho), Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, p. 22.

La voluntad procreacional es un fundamento y la base de nuestro estudio, la voluntad procreacional siempre existe se necesiten o no la utilización de técnicas de reproducción asistida, así el matrimonio o concubinato, se unen con el fin de procrear y fundar una familia, pero cuando esto no es posible por medios naturales, lo pueden realizar por medio de métodos artificiales, en los cuales la pareja solicita su práctica con el fin de concebir y la posibilidad de crear una familia.

Pero expresar esta voluntad de procrear y por consiguiente formar una familia debe de ser respaldado legalmente por una institución que avale la expresión de dicho consentimiento para que se considere válida y de esta manera surta todos los efectos de la paternidad, esta seguridad la encontramos en el Registro Civil, institución que se adecua a las necesidades que requerimos para certificar dicho consentimiento con veracidad y autenticidad.

El Registro Civil es una institución que tiene por objeto hacer constar de una manera auténtica, todos los actos relacionados con el estado civil de las personas, una de las consecuencias de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, la encontramos en el nacimiento, el cual debe de ser registrado en las constancias del Registro Civil, con lo que se establecerá la posición de hijo en relación a la familia.

El Registro Civil cuenta con un sistema avanzado de organización utilizado dentro de toda su documentación, al inscribir mecanográficamente cualquier documento son menos los errores que se puedan cometer en la realización de cualquier documento o en su interpretación.

La forma de registrar los testimonios, al hacerlo por triplicado no sólo se tiene un documento, se tienen dos respaldos que pueden servir de forma de comprobación de que se otorgó el consentimiento, lo que lo hace más seguro contra pérdidas o destrucción de documentos. Además de contar con la característica de disponibilidad ya que toda persona puede pedir testimonio de las actas del Registro Civil y los jueces registradores estarán obligados a darlo.

Al tener el consentimiento por escrito, se plasma la voluntad de los padres de una forma real, veraz y permanente, complementándose con la función de resguardo con la que cuenta el Registro Civil, evitando cualquier daño que pueda sufrir la documentación a su cargo.

Además el Registro Civil es una institución de orden público que funciona bajo un sistema de publicidad, fundada en los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia, por lo que cualquier documento expedido por esta institución contara con la característica de credibilidad social, que servirá para poder acreditar la paternidad del hijo nacido por técnicas de reproducción asistida.

La principal característica que podemos obtener del Registro Civil es la intervención de funcionarios estatales (juez del Registro Civil) dotados de fe pública, a fin de que las actas y testimonios que otorguen tengan un valor probatorio pleno en juicio y fuera de él.

El juez del Registro Civil otorga a los documentos suscritos por él, la garantía de autenticidad de los hechos narrados y por consiguiente su validez y eficacia jurídica.

Las actas del Registro Civil hacen prueba plena, mientras no se demuestre lo contrario, es decir, hacen prueba plena en sentido restringido, ya que los jueces del Registro Civil sólo dan fe de lo declarado en su presencia, por las personas que intervienen en el acta como partes o testigos o declarantes. Por lo que si se presentara alguna controversia se debe de catalogar que el acta en si misma no es falsa, lo falso son los datos que se le proporcionaron al juez del Registro Civil.

El documento donde se exprese el consentimiento adquirirá en suma un valor representativo cuya trascendencia, imperio y virtud, proviene de su autorización por quien en ejercicio de facultades específicas conferidas por el poder público, autenticando su contenido, es decir, la verdad de su narración. De esta forma el documento expresión de hechos jurídicos llega a ser un medio de prueba pleno.

En dicho documento deberá requerirse el consentimiento por escrito de ambos cónyuges o concubinos para la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida, ese consentimiento debe erigirse como fundamento institucional de la filiación. De esta forma se podría aludir a la figura que podría parecerse a una adopción prenatal, algo así como la adopción del nasciturus (del que va a nacer), sin limitación de derechos filiales, de esta manera la pareja, tomarían antes del nacimiento del hijo, la paternidad social y con ello las consecuencias jurídicas derivadas de tal vínculo.

Tal innovación permitiría consolidar el estado de familia del hijo cuando éste ha sido concebido mediante la reproducción artificial principalmente cuando alguno de los gametos son donados, en consecuencia sería hijo de la pareja, sin la necesidad de la existencia o no de un vínculo biológico, de esta manera el hijo concebido tendría la certeza y seguridad jurídica de su filiación aún antes de nacer.

En el caso del matrimonio o el concubinato, cuando el marido o el concubinario no proporciona el consentimiento habitualmente tampoco habrá proporcionado su propio semen. A falta del consentimiento del marido o concubinario, el hijo debe reputarse propio de la mujer que da a luz por una suerte de una especie de adopción unilateral del nasciturus y en ese caso el marido, el concubinario o cualquier tercero no podrá impugnar la maternidad. Aunque eventualmente, en el matrimonio, pudiese reputar injuriosa la conducta de la esposa, por no tomar en cuenta a su esposo en una decisión tan importante como es la formación de una familia.

Habiéndose expresado dicho consentimiento para la práctica del uso de técnicas de reproducción asistida en documento público bastará el mismo, aunque no haya posterior consentimiento para la inscripción del nacimiento, siempre que aquel quedase formalizado en documento público, sirviendo para determinar legalmente la filiación.

Por lo que se le dará certeza jurídica de la filiación del recién nacido, donde las figuras de maternidad o paternidad pueden aparecer esencialmente disociadas del componente biológico y realzando el componente socializante de aceptación e integración del hijo en el seno de la familia en el que naturalmente encontrará su desarrollo y potenciará su propia personalidad.

Otorgando el consentimiento de esta forma se solucionará de manera efectiva cualquier controversia sobre la filiación que en otros ordenamientos jurídicos no contemplan. Se actualizará la figura de la filiación de una forma adecuada donde se protegerá de manera indubitable a seres nacidos por reproducción asistida, otorgando de forma fehaciente seguridad jurídica en las relaciones jurídicas paterno-filiales, cuando la pareja que recibe los servicios de reproducción asistida reconocen el producto en su calidad de hijo con todos los derechos que la ley otorga.

Dicho consentimiento deberá estar de acuerdo con los límites de tiempo que establece el mismo Código Civil en las presunciones para considerar la paternidad del recién nacido en el matrimonio o en el concubinato, es decir, trescientos días. Así en el caso del matrimonio el consentimiento expresado por escrito sólo deberá de surtir efectos durante la duración de este, por lo que no deberá de surtir efectos después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio. Contando el término en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. Cumpliéndose de esta manera el principio de la perpetuación de la especie que es uno de los fines del matrimonio.

Este acto puede ser considerado más positivo y aceptable que la renuncia a la impugnación de la paternidad del hijo concebido por técnicas de reproducción asistida después de los trescientos días de la disolución del matrimonio que menciona el Código Civil para el Distrito Federal en el artículo 329. De esta manera se evitaría cualquier conflicto de sucesión que pudiera surgir.

Perfeccionándose esta propuesta con el sistema utilizado por el mismo Registro Civil que son las anotaciones marginales, las cuales son obligatorias en los casos de divorcio y defunción.

Por lo que se refiere al concubinato, esta relación que puede ser disuelta, en cualquier momento por voluntad de cualquiera de los cónyuges, sin que el derecho intervenga, por lo que el consentimiento que se exprese por escrito para la práctica de

alguna técnica de reproducción artificial, debe estar de acuerdo con las presunción que se establece para que se considere como hijo de concubinato, por lo que dicho consentimiento deberá de ofrecer un valor probatorio pleno a los hijos nacidos por métodos artificiales durante el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina, ya sea por separación voluntaria o por muerte.

Sin embargo, se debe de proporcionar un límite jurídico a la paternidad social que puede ser adquirida cuando se otorga el consentimiento para la reproducción asistida dentro del concubinato, por la razón de no ser una relación jurídicamente estable como el matrimonio, debe de tener una normatividad acorde a su funcionalidad, por lo que el límite a la paternidad debe estar sujeto a la relación del concubinato, es decir, permitir liza y llanamente la cancelación del consentimiento después de los trescientos días en que cesó la vida en común de los concubinos, ya sea por separación voluntaria o por muerte del concubinario, con la finalidad de evitar cualquier conflicto de sucesión.

Con está propuesta se tendrá la certeza y seguridad jurídica de la filiación de las personas nacidas bajo cualquier técnica de reproducción asistida de esta manera el concebido contara con una protección legal, exista o no vínculo genético entre padres e hijos.

De esta manera se reafirmará el papel de la familia, siendo de gran importancia por ser el lugar donde todos alcanzamos nuestra formación y desarrollo humanos, y como parte de una sociedad.

La filiación, formalmente, como el vínculo que existe entre padres e hijos supone la protección de los individuos que la forman, así como el que se provean entre ellos los elementos necesarios de apoyo para su sano desarrollo e integración, con lo que se pretende dar fuerza y dinámica a las disposiciones relativas a la institución de la filiación, tomando mayor importancia cuando entre padres e hijos esta relación surja por medio de la utilización de técnicas de reproducción asistida y pueda o no existir entre ellos un nexo genético o biológico.

#### **4.3.3.- Propuesta de adición al Código Civil para el Distrito Federal.**

Por medio de los avances científicos, se ha logrado remediar los problemas de esterilidad o infertilidad humanas, siendo su práctica una manera actual de formar una familia, por lo que es necesario asegurar las relaciones paterno filiales que las actuales normas no contemplan o son insuficientes. Por lo que el hijo debe de contar con una protección jurídica que no debe dejar lugar a dudas o dejar indicios que puedan impugnar la paternidad o en ciertos casos la maternidad, por lo que se nuestra propuesta se basa en

obtener el consentimiento de ambos cónyuges, o de la pareja estable para tener la seguridad de que el menor que nazca bajo las circunstancias de reproducción asistida, se utilicen los gametos (óvulo o semen) de la pareja o de donadores, el recién nacido tenga certeza de una filiación y la seguridad jurídica de tener una protección legal.

Esto solo se logrará recabando el consentimiento por escrito de los cónyuges o concubinos antes de la realización de dichas técnicas de reproducción asistida, ante una institución que cuente con el prestigio, la seguridad jurídica y la fe pública que el Registro Civil solamente puede otorgar.

Lo que se pretende no es permitir ni prohibir las diferentes técnicas procreativas ni establecer requisitos o condiciones para su práctica, lo que pretende es garantizar de forma voluntaria los derechos paterno filiales del niño concebido artificialmente.

De igual forma no se pretende legitimar y consentir el uso desmedido de los medios de procreación artificial, su propósito es garantizar y asegurar a los niños por nacer a través de las diferentes técnicas, el respeto que merecen en adquirir sus derechos paterno filiales, al igual de aquellos que lo hacen en forma natural.

Por lo que se debe establecer dentro del Código Civil para el Distrito Federal una regulación mayor respecto a la reproducción asistida, por lo que se propone dar lineamientos que regulen la expresión del consentimiento por escrito para el uso de las técnicas de reproducción asistida con los siguientes términos:

1.- Establecer la definición de técnicas de reproducción asistida:

*Por técnicas de reproducción asistida se entiende cualquier procedimiento o tratamiento médico que tiene por objeto, permitir la unión de los gametos masculino (espermatozoide) con el gameto femenino (óvulo) sea intracorporalmente o extracorporalmente sin la existencia de cópula, con la finalidad de lograr la concepción humana hasta el nacimiento del niño.*

2.- Se deben de establecer los lineamientos básicos para otorgar el consentimiento, entre ellos:

*a) La declaración del consentimiento expreso para el uso de las técnicas de reproducción asistida será a través de la asistencia de ambos cónyuges o concubinos ante el Juez del Registro Civil.*

*b) El acta de expresión del consentimiento se levantará con asistencia de dos testigos. En el caso de los concubinos además de testificar la expresión del consentimiento, servirán para testificar la vida común entre el concubinario y la concubina al firmar el acta.*

3.- Se deben establecer límites dentro de la voluntad procreacional, ya que la responsabilidad no puede ser ilimitada, porque si se da estabilidad y seguridad jurídica a la filiación de igual forma se deben establecer límites y seguridad jurídica a la paternidad.

*a) La expresión del consentimiento en el matrimonio surtirá efectos respecto a los hijos nacidos dentro del matrimonio, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.*

*b) La expresión del consentimiento en el concubinato surtirá efectos respecto a los hijos nacidos dentro del concubinato, a los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes en que ceso la vida común entre el concubinario y la concubina, ya sea por separación de los concubinos o por muerte del concubinario. En el caso de la separación de los concubinos, cualquiera de ellos deberá solicitar la cancelación del consentimiento para que se comience a contar el plazo de los trescientos días.*

*c) En caso de reproducción asistida mediante donante, no se establecerá ningún vínculo de filiación entre el donante y el infante fruto de la procreación. Ninguna acción de responsabilidad podrá ser ejercida en contra del donante.*

4.- La expresión del consentimiento no debe ser condicionante o requisito para que surtan efectos legales la filiación, sino un mecanismo de seguridad y protección solamente.

*La omisión del registro del consentimiento para el uso de las técnicas de reproducción asistida, no quita los efectos legales de la filiación.*

Todos los elementos anteriormente descritos servirán para dar sustento a nuestro proyecto consistente en la formalización del consentimiento en el uso de técnicas de reproducción asistida, nuestra propuesta se concretara con la creación de un artículo, el cual deberá de formar parte del Título Cuarto bis, de la Familia, por que la esencia de nuestro proyecto se basa en la protección de las relaciones familiares, se produzcan dentro del matrimonio o fuera, pero todas ellas basadas en la filiación de las personas nacidas por medio de técnicas de reproducción asistida, plasmándose de la siguiente manera:

**Los cónyuges o concubinos podrán plasmar su consentimiento por escrito para el uso de cualquier técnica de reproducción asistida ante el Juez del Registro Civil.**

**La práctica de técnicas de reproducción asistida por la mujer con gametos de la misma pareja o bien con gametos procedentes de un donador con el consentimiento expresado ante el Registro Civil de ambos cónyuges o concubinos para ambos supuestos, equivaldrá a la cohabitación para efectos de la filiación y paternidad. El tercero contribuyente que haya aportado sus gametos para la práctica de cualquier técnica de reproducción asistida no adquirirá ningún derecho ni obligación respecto al recién nacido.**

De esta manera los cónyuges o concubinos que expresen de forma voluntaria su consentimiento para el uso de técnicas de reproducción asistida otorgaran a los hijos nacidos por estas técnicas la certeza y seguridad jurídica de una filiación y por consiguiente siendo parte de un grupo familiar donde podrá tener un desarrollo física, afectivo y social que repercutirá en beneficio de la sociedad.

A continuación se propone el formato para registrar el consentimiento por escrito de los cónyuges o concubinos para el uso de técnicas de reproducción asistida.

Y el formato para la cancelación del consentimiento para la reproducción asistida en el caso de los concubinos, al no ser una relación estable jurídicamente se le debe de dar el derecho a cancelar en el momento de separación entre la concubina y el concubinario.

En el caso del matrimonio no se establece formato para la cancelación del consentimiento, basándonos en que uno de los fines del matrimonio es la procreación y el consentimiento para la reproducción asistida únicamente debe de cancelarse por la disolución del matrimonio, ya provenga este de nulidad de matrimonio, de muerte del marido o de divorcio, por lo que a partir de estas circunstancias plenamente comprobables se empezaría a contar el término de trescientos días para cancelar en consentimiento.

Los siguientes formatos cuentan con los requisitos básicos de cualquier acta que expide el Registro Civil del Distrito Federal adecuándose a la expresión del consentimiento de los cónyuges o concubinos para la reproducción asistida.

De esta manera se propone la actualización de nuestra legislación a los avances tecnológicos producidos dentro de la medicina reproductiva, que se presenta en nuestros días como una realidad y no como una ficción, al alcance de cualquier persona, no importando los factores económicos o sociales.

Por lo que surge la necesidad de proteger los derechos de los hijos concebidos por cualquier técnica de reproducción asistida por medio de la formalización del consentimiento cuando se utilicen cualquier técnica de reproducción asistida.

Escudo de los  
Estados Unidos  
Mexicanos

## REGISTRO CIVIL

### ACTA DE EXPRESIÓN DE CONSENTIMIENTO PARA LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

GOBIERNO  
DEL  
DISTRITO FEDERAL

EL	CLAVE ÚNICA DE REG. DE POBLACION
----	----------------------------------

ELLA	CLAVE ÚNICA DE REG. DE POBLACION
------	----------------------------------

ENTIDAD	DELEGACION	JUZGADO	ACTA	AÑO	CLASE	FECHA DE REGISTRO								
<b>09</b>					<b>EC</b>	DÍA	MES	AÑO						
COM PARE CIE NTE S  T E S T I G O S  D E C L A R A C I O N	COMPARECIERON:      CÓNYUGES <input type="checkbox"/>				CONCUBINOS <input type="checkbox"/>									
	NOMBRE DE EL _____						EDAD _____ AÑOS							
	NACIONALIDAD _____						OCUPACIÓN _____							
	DOMICILIO _____													
	NOMBRE DE ELLA _____						EDAD _____ AÑOS							
	NACIONALIDAD _____						OCUPACIÓN _____							
	DOMICILIO _____													
	NOMBRE _____						NACIONALIDAD _____							
	DOMICILIO _____						EDAD _____ AÑOS							
	NOMBRE _____						NACIONALIDAD _____							
DOMICILIO _____						EDAD _____ AÑOS								
<p>IDENTIFICADOS LOS COMPARECIENTES Y SIEMPRE BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD MANIFIESTAN: LLAMARSE COMO QUEDA ESCRITO Y QUE EN ESTE ACTO RATIFICAN SU DESICIÓN DE OTORGAR SU CONSENTIMIENTO PARA LA PRACTICA DE CUALQUIER TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN SU MODALIDAD HOMÓLOGA O HETERÓLOGA Y POR CONSIGUIENTE LA ADQUISICIÓN DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS NACIDOS POR ESTAS TÉCNICAS.</p>														
ESPACIO PARA FIRMAS														
<p>Se dio terminado el acto y firma la presente, para constancia, los que en ella intervinieron y saben hacerlo y los que no, imprimen su huella digital. Se cierra el acta que se autoriza. Doy fe.</p> <p>El Juez _____ del Registro Civil _____</p> <p style="text-align: center;">NOMBRE      FIRMA</p>														
<p>ESTA INSCRIPCIÓN SE RELACIONA CON LOS FOLIOS DE ANOTACIONES QUE SE SEÑALAN, SIN LOS CUALES ESTA INCOMPLETA:</p> <table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 30%;">No. _____</td> <td style="width: 30%;">FECHA _____</td> <td style="width: 40%;">FIRMA _____</td> </tr> <tr> <td>No. _____</td> <td>FECHA _____</td> <td>FIRMA _____</td> </tr> </table>									No. _____	FECHA _____	FIRMA _____	No. _____	FECHA _____	FIRMA _____
No. _____	FECHA _____	FIRMA _____												
No. _____	FECHA _____	FIRMA _____												

1.- Formato de expresión del consentimiento para la reproducción asistida.

Escudo de los  
Estados Unidos  
Mexicanos

**ACTA DE CANCELACIÓN DEL  
CONSENTIMIENTO PARA LA  
REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

GOBIERNO  
DEL  
DISTRITO FEDERAL

EL CLAVE ÚNICA DE REG. DE POBLACION

ELLA CLAVE ÚNICA DE REG. DE POBLACION

ENTIDAD	DELEGACIÓN	JUZGADO	ACTA	AÑO	CLASE	FECHA DE REGISTRO		
<b>09</b>					<b>CC</b>	DÍA	MES	AÑO
COMPARICIONES	ACTA DE CANCELACIÓN DEL CONSENTIMIENTO ÚNICAMENTE PARA EL CONCUBINATO							
	NOMBRE DE EL _____					EDAD _____ AÑOS		
	NACIONALIDAD _____				OCUPACIÓN _____			
	DOMICILIO _____							
	NOMBRE DE ELLA _____					EDAD _____ AÑOS		
	NACIONALIDAD _____				OCUPACIÓN _____			
	DOMICILIO _____							
	NOMBRE _____				NACIONALIDAD _____			
	DOMICILIO _____				EDAD _____ AÑOS			
	NOMBRE _____				NACIONALIDAD _____			
DOMICILIO _____				EDAD _____ AÑOS				
DESCRIPCIÓN	IDENTIFICADOS EL O LOS COMPARECIENTES Y SIEMPRE BAJO PROTESTA DE DECIR VERDAD MANIFIESTAN: LLAMARSE COMO QUEDA ESCRITO Y QUE EN ESTE ACTO EXPRESA SU VOLUNTAD DE CANCELAR SU CONSETIMIENTO PARA LA PRACTICA DE CUALQUIER TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN SU PAREJA, NO RESPONSABILIZÁNDOSE DE LA RELACIÓN FILIAL DE CUALQUIER NACIDO DESPUÉS DE TRESCIENTOS DÍAS A ESTE ACTO DE CANCELACIÓN. AL TERMINAR ANEXESE AL ACTA DE EXPRESIÓN DE CONSENTIMIENTO PARA LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.							
	ESPACIO PARA FIRMAS.							
	Se dio terminado el acto y firma la presente, para constancia, los que en ella intervinieron y saben hacerlo y los que no, imprimen su huella digital. Se cierra el acta que se autoriza. Doy fe.							
	El Juez _____ del Registro Civil _____							
					NOMBRE _____ FIRMA _____			
	ESTA INSCRIPCIÓN SE RELACIONA CON LOS FOLIOS DE ANOTACIONES QUE SE SEÑALAN, SIN LOS CUALES ESTA INCOMPLETA:							
	No. _____		FECHA _____			FIRMA _____		
	No. _____		FECHA _____			FIRMA _____		

2.- Formato para la cancelación del consentimiento para la reproducción asistida en el concubinato.

#### **4.3.4.- La filiación como consecuencia jurídica de la formalización del consentimiento.**

Los principales problemas para determinar la filiación anteriormente, tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento; ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y formulismos jurídicos que han formado buena parte del derecho de filiación. Al surgir las pruebas biológicas o genéticas y poder determinar con precisión creciente cuál es el elemento casual del embarazo, hubo de cambiar la normatividad sobre filiación, orientándola hacia el nexo biológico.

Hoy existe una nueva realidad, es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna y sin que las personas que desean asumir la paternidad hayan aportado el material genético. El acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y jurídica de la filiación, son nuevos elementos que se deben de tomar en cuenta. Nos encontramos ante una nueva realidad, una nueva fuente de filiación que no conocíamos o por lo menos no era común.

Ante esta realidad, se necesitan nuevos mecanismos que aseguren de manera certera la filiación, nuestra propuesta de plasmar el consentimiento por escrito para la práctica de la reproducción asistida ante el Registro Civil, cumple con esta finalidad, porque la voluntad de los interesados es admitida antes de la concepción, estableciendo un sistema que podría parecerse a una adopción prenatal, con la imposibilidad para las partes de probar el auténtico nexo biológico paterno. De esta manera se evitarían controversias futuras respecto a la filiación y el consentimiento otorgado de esta forma servir como prueba fehaciente de reconocimiento de paternidad.

Por este motivo, las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas de reproducción asistida deben de partir de un elemento distinto, el verdaderamente relevante en este tipo de filiación; el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera.

No hay una sobrevaloración del consentimiento, si se considera padre al reconocedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra suya o al marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo atribuido no obstante estar seguro de su imposible procreación.

Tratándose de un nacimiento no accidental, sino perfectamente planificado, como ocurre en la reproducción asistida, este elemento tiene una transcendencia particular. Por lo que el consentimiento expresado por escrito ante el Registro Civil impediría tener cualquier duda en su otorgamiento teniendo como consecuencia jurídica directa la filiación.

Esta paternidad del padre o de la madre se apoya en su voluntad de asumir el rol o figura paterna, exteriorizado a través de la expresión por escrito del consentimiento de la pareja para el empleo del procedimiento fecundante, y esta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico para establecer el lazo paterno filial que no deje lugar a dudas o incertidumbre de quien se hará cargo del recién nacido.

## CONCLUSIONES.

1.- La evolución que ha tenido la humanidad en el campo de la ciencia, principalmente dentro de la medicina reproductiva, ha hecho necesario actualizar y adecuar nuestra legislación, creando mecanismos que aseguren la filiación de los hijos nacidos por métodos artificiales. Por lo que se propone la expresión del consentimiento por escrito antes de practicarse cualquier técnica de reproducción asistida por parte de los cónyuges o concubinos ante la institución del Registro Civil, lo que servirá para establecer con certeza y seguridad jurídica el vínculo de la filiación entre el concebido y la pareja que otorgó su consentimiento.

2.- Plasmando el consentimiento de manera voluntaria, libre, consciente, expresa y por escrito de los cónyuges o concubinos cuando utilicen técnicas de reproducción asistida, ante una institución de carácter público como lo es el Registro Civil, se creará un documento público, auténtico y veraz, que servirá como medio para probar la filiación.

3.- Expresándose el consentimiento ante el Registro Civil, se contará con todas las características de operación y funcionalidad con que la institución cuenta, traduciéndose en la creación de un documento confiable, seguro y permanente de las personas que utilicen la reproducción asistida para poder concebir, no dejando lugar a dudas en que momento se otorgó el consentimiento y por lo tanto a partir de que momento empiezan a tener una responsabilidad legal.

4.- Al tener el consentimiento en un documento que avale el Registro Civil, dicho consentimiento podrá erigirse como fundamento de la filiación, estableciéndose un sistema que podría parecerse a una adopción prenatal, sin limitación de los derechos filiales, de esta manera la pareja, adquirirá de forma voluntaria y antes del nacimiento del hijo, la paternidad social asumiendo todos los derechos y obligaciones derivados de la relación paterno-filial.

5.- El hijo concebido bajo técnicas de reproducción asistida no tendrá la incertidumbre de su filiación aunque no exista ningún vínculo biológico pero si uno social y jurídico derivado de la formalización del consentimiento entre el concebido y sus padres.

6.- Por lo que se considera a la voluntad procreacional como una forma de crear el vínculo de filiación, apoyándonos en la voluntad de asumir la figura de padre social, exteriorizado a través de la expresión por escrito del consentimiento de la pareja para el empleo del procedimiento fecundación asistida ante el Registro Civil. De esta manera la voluntad procreacional de los padres sociales descartara la voluntad procreacional de los donadores.

7.- La voluntad procreacional expresada cuando se otorga el consentimiento para la reproducción asistida en el caso de los cónyuges no debe ser ilimitada como actualmente lo contempla el Código Civil para el Distrito Federal, porque si se establece seguridad jurídica respecto a la filiación, también se debe de existir seguridad jurídica de la paternidad derivada de la reproducción asistida, por lo que es necesario establecer un límite legal.

8.- La formalización del consentimiento ante el Registro Civil impedirá impugnar la paternidad o maternidad alegando la inexistencia de un vínculo biológico o genético con el hijo concebido, cuando se usen técnicas de reproducción artificial heterólogas, es decir, cuando los gametos (semen u óvulo) son donados. De igual forma, se impedirá al niño reclamar otro estado distinto del resultante de la procreación asistida. Por lo que no se podrá establecer ningún vínculo de filiación entre el donante y el infante fruto de la procreación.

9.- El consentimiento otorgado por escrito para la reproducción asistida prohíbe toda acción de impugnación de la paternidad, a menos que se haya sostenido que el infante no es producto de la procreación asistida o el consentimiento se haya privado de efecto.

10.- La principal cualidad que se puede obtener de la formalización del consentimiento para el uso de técnicas de reproducción asistida ante el Registro Civil, se basa en la atribución de fe pública que se otorga al juez del Registro Civil, creando un documento que hará prueba plena de la filiación otorgando la certeza y seguridad jurídica de una filiación y por consiguiente la formación de un grupo familiar donde podrá tener un desarrollo físico, afectivo y social que repercutirá en beneficio de la sociedad.

**BIBLIOGRAFÍA.**

- 1.- Alberruche Díaz Flores, Mercedes, La clonación y selección de sexo ¿Derecho Genético?, Madrid, España, Editorial Dyckinson, 1998, páginas 149.
- 2.- Ansón Oliar, Francisco, Se fabrican hombres (Informe de genética humana), Madrid, España, Ediciones Rialp, 1998, páginas 234.
- 3.- Baqueiro Rojas, Edgard, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 2002, páginas 486.
- 4.- Baqueiro Rojas, Edgard, Introducción y personas, México, Editorial Harla, 2003, páginas 348.
- 5.- Barbero Santos, Marino, Ingeniería Genética y Reproducción Asistida, Madrid, España, Editorial Artes Gráficas Benzal, 1989, páginas 320.
- 6.- Carral y de Teresa, Luis, Derecho notarial y derecho registral, México, Editorial Porrúa S. A., 1994, páginas 266.
- 7.- Chávez Asencio, Manuel F., Derecho de familia y las relaciones jurídicas familiares, Cuarta edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, páginas 526.
- 8.- Chávez Asencio, Manuel F., La familia en el derecho (Relaciones jurídicas paterno filiales), Tercera edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, páginas 451.
- 9.- Díez Picazo, Luis, Familia y Derecho, Madrid, España, Editorial Civitas S. A., 1992, páginas 262.
- 10.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XI, Buenos Aires, Editorial Driskill S.A., 1987, páginas 1004.
- 11.- Ibarrola, Antonio de, Derecho de Familia, Cuarta Edición, México, Editorial Porrúa S. A., 1995, páginas 606.
- 12.- Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil, Primer Curso, México, Editorial Porrúa S. A., 2002, páginas 790.
- 13.- Galindo Garfias, Ignacio, Estudios de Derecho Civil, México, Editorial Porrúa S. A., 1997, páginas 732.

- 14.- Garza Garza, Raúl, Bioética, La toma de decisiones en situaciones difíciles, México, Editorial Trillas, 2000, páginas 345.
- 15.- Gómez Piedrahita, Hernán, Derecho de familia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1992, páginas 501.
- 16.- Gómez Sánchez, Yolanda, El derecho a la reproducción humana, Madrid, España, Ediciones Jurídicas, 1994, páginas 204.
- 17.- Guitron Fuentevilla, Julian, ¿Que es el derecho familiar?, Segunda edición, México, Promociones jurídicas y culturales, 1988, páginas 257.
- 18.- Kuthy Porter, José, Temas actuales de Bioética, México, Editorial Porrúa S. A., 1999, páginas 272.
- 19.- Martínez Bulle Goyri, Víctor M., Diagnostico genético y derechos humanos, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, páginas 210.
- 20.- Mata Barranco, Isabel de la, Bioética y justicia, Madrid, España, Ediciones Ministerio de Sanidad y Consumo, 2000, páginas 630.
- 21.- Montero Duhalf, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa S. A., 1990, páginas 429.
- 22.- Lledo Yagüe, Francisco, Fecundación Artificial y Derecho, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1998, páginas 213.
- 23.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, Genética humana y derecho a la intimidad, México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, páginas 205.
- 24.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, Derecho de familia, México, UNAM, 1998, páginas 73.
- 25.- Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, Derecho de familia, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, páginas 368.
- 26.- Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil I, México, Editorial Porrúa S. A., 2000, páginas 537.

- 25.- Romero Hicks, Juan Carlos, Primer Seminario de Bioética, Guanajuato, México, Editado por la Universidad de Guanajuato y Southern Oregon State College, 1992, páginas 143.
- 26.- Sánchez Medal, Ramón, Los grandes cambios en el Derecho de Familia de México, Segunda edición, México, Editorial Porrúa S.A., 1991, páginas 142.
- 27.- Soto Lamadrid, Miguel Ángel, Biogenética, filiación y delito (La fecundación artificial y la experimentación genética en el derecho), Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1990, páginas 573.
- 28.- Taboada, Leonor, La maternidad tecnológica, de la inseminación artificial a la fertilización in vitro, Barcelona, España, Editorial Icaria Ocho de Marzo, 1986, páginas 80.
- 29.- Valadés, Diego, Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo II, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001, páginas 976-1894.
- 30.- Vidal Martínez, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, Madrid, España, Editorial Civitas, 1998, páginas 229.
- 31.- Zannoni, Eduardo A., Derecho civil, Derecho de familia, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1997, páginas 834.
- 32.- Zannoni, Eduardo A., Derecho de Familia, Segunda edición, Tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1989, páginas 509.

**LEGISLACIÓN.**

1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Editorial SISTA, 2003, páginas 171.

2.- Ley General de Salud, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, páginas 115.

3.- Código Civil para el Distrito Federal, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, páginas 349.

4.- Código Penal para el Distrito Federal, México, Editorial SISTA, 2003, páginas 168.

5.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, páginas 195.

6.- Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, páginas 30.

7.- Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal, México, Editorial Ediciones Fiscales ISEF, 2003, páginas 36.