

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE FILOSOFIA DEL DERECHO

**“EL DERECHO A PROCREAR HIJOS SIN PADRE
UNA DISCUSIÓN BIOETICA”**

TESIS QUE PRESENTA:

NAYELY YALY GUTIÉRREZ ANTUNEZ

PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADA EN DERECHO

DIRECTOR DE TESIS:

MAESTRO JORGE ROBLES VÁZQUEZ

MÉXICO, DF. ABRIL DE 2007



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.

Dedicada a la memoria de mi tío David (Cristian)

Agradecimientos

A mi madre

Esto es solo uno de los muchos frutos y el principio de lo que comenzarás a cosechar por haber sembrado en mí amor, dedicación, apoyo y sobre todo confianza, gracias por permitirme tener la plena libertad para tomar mis propias decisiones, gracias madre por que todo esto es por tí.

A mi padre

Gracias por enseñarme a ser fuerte en los momentos difíciles, pero sobre todo gracias por seguir viviendo, porque después de esas 4 operaciones de corazón sigues vivo gracias a esa fortaleza tan grande que tienes, si no estuvieras, mi vida no seria igual viejo.

A mi hermana

Gracias por querer tanto a mis padres y darles todas esas satisfacciones, que yo no les di, gracias.

A Sergio Esparza (*Bola*)

Gracias por haber vivido conmigo los momentos difíciles e importantes en mi vida, por tu apoyo incondicional y por los consejos que poco a poco ayudaron a realizar muchos de mis sueños. Gracias porque no me dejaste sola cuando más te necesitaba, porque desde que me conociste confiaste plenamente en mí, y gracias por permitirme conocer a tu familia la cual siempre me brindó su apoyo y cariño incondicional, a tu mama Yolanda porque siempre me dio un abrazo cuando lo necesitaba, a Fabyly por todo su amor y tiempo que le robé, a Gabriel por su amistad. Pero sobre todo gracias a ti Bola por vivir cerca mi evolución profesional, sin ti no habría comenzado este proyecto.

A mis amigos

Mónica (bruja)

Porque hemos estado juntas como grandes amigas desde los 7 años, compartiendo buenos y malos momentos enfrentándolos siempre con fortaleza y una sonrisa. Gracias por tu apoyo y amistad de tantos años,

Anel (mi roble mi chobita)

Gracias por permitirme ser tu amiga, por enseñarme a ser mas libre, a ser fuerte, a disfrutar los momentos al máximo, porque siempre que te necesito estas a hi, no podría resumir en unas palabras lo importante que eres en mi vida, y gracias por permitirme que nuestras alas crezcan y emprendan el vuelo juntas, gracias por quererme tanto. Cuando sea grande quiero ser como tú.

Mario Estrada

Gracias mi amigo fiel, quien siempre me cuidó y me dió su lugar en las aulas de clase, por tu inteligencia que compartías conmigo, gracias por todos esos momentos que has estado a mi lado.

Al C. Mario Gómez

Porque en poco tiempo has llegado a ocupar un lugar muy importante en mi corazón y en mi vida, gracias por tu apoyo para terminar este proyecto

Gracias a la **Universidad Nacional Autónoma de México** por permitirme formar parte de ella, porque gracias a ella pude tener una carrera profesional, gracias por ser y seguir siendo la casa de estudios donde todos pueden aspirar a crecer como profesionistas.

Maestro Jorge Robles

Con respeto y admiración, gracias por permitirme realizar este proyecto juntos, gracias por el apoyo y tiempo que me dedicó, pero más por ser mi profesor y amigo.

A la Licenciada Silvia Jazmín Zárate

Gracias por su tiempo y su paciencia en la revisión de este proyecto.

INDICE

CAPÍTULO PRIMERO. LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN

1.1.	Concepto de familia y su evolución	1
1.2.	El surgimiento de la familia a partir del matrimonio.....	4
1.3.	El surgimiento de la familia a partir del concubinato.....	8
1.4.	Las funciones de la familia contemporánea.....	12
1.5.	La estructura de la familia contemporánea.....	14
1.6.	Las diferentes funciones del hombre y de la mujer dentro de la familia.....	16

CAPÍTULO SEGUNDO. LOS PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS Y SU SATISFACCIÓN DENTRO DEL NÚCLEO FAMILIAR

2.1.	Concepto de persona.....	19
2.2.	Los principales derechos de la persona física susceptibles de protegerse desde le núcleo familiar.....	22
A)	El Derecho a la procreación.....	27
B)	El Derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, órganos y células.....	31
C)	El Derecho a la vida y su valor.....	36
D)	El Derecho a la no discriminación.....	42
E)	El Derecho a la educación.....	47
F)	La protección de la salud.....	49

2.3. El Derecho a la información y el conocimiento del origen de la persona.....	53
--	----

CAPÍTULO TERCERO. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA FAMILIA

3.1. Concepto de Filosofía del Derecho.....	59
3.2. El concepto de Derecho desde distintos puntos de vista.....	62
3.3. La relación del Derecho y la moral.....	67
3.4. La separación del Derecho y la moral según Kelsen.....	70
3.5. La conjunción del Derecho y la moral visto desde el realismo Jurídico.....	71
3.6. La diferencia entre Ley, Derecho y Justicia.....	74

CAPÍTULO CUARTO. PROCREACION IN-VITRO, UNA DISCUSIÓN BIOÉTICA

4.1. Qué es la Bioética.....	81
4.2. La dignidad del ser humano como principio Bioético.....	85
4.3. La relación de la Bioética con la Filosofía del Derecho.....	93
4.4. Procreación in-vitro.....	95
4.5. ¿Qué es un Banco de espermatozoides?.....	97

CAPITULO QUINTO. EL FENÓMENO DE LA PROCREACIÓN DE HIJOS SIN PADRE

5.1. La procreación dentro y fuera del matrimonio como problema ético.....	99
5.2. El Derecho a procrear un hijo sin padre, ¿Problema ético o jurídico?.....	103
5.2.1 ¿ Qué derechos tiene un hijo sin padre?.....	106
5.3. ¿Tienen validez jurídica los pactos celebrados para engendrar hijos sin padre?.....	108
5.4. La intervención del Estado en la familia.....	112
5.5. ¿Es justo y ético procrear hijos sin padre?.....	114
5.6. La ausencia del padre.....	115
5.7. Análisis del Derecho concebido y el Derecho de la maternidad.....	116
Conclusiones.....	119
Anexo A.....	122
Anexo B.....	123
Bibliografía.....	124

INTRODUCCION

La familia es el núcleo de la sociedad, dentro de la cual se fomentan valores, educación, costumbres, hábitos, en forma general, patrones de conducta; motivo por el que tiene una función social de suma importancia.

La familia es un fenómeno social dinámico, pues cambia con el tiempo y de lugar en lugar. No es el mismo concepto de familia el que se tiene en Grecia, Roma, en Francia del siglo XVIII y la familia Mexicana del siglo XXI. La familia responde a los fenómenos económicos sociales, culturales, sociológicos, incluso a los políticos.

La familia tradicional es aquella conformada por padre, madre e hijos, dentro de cuyo seno cada quien cumple con un papel socialmente determinado. Por ejemplo, es el padre quien suministra los alimentos; ya que por medio del trabajo remunerado que desempeña los miembros de la familia gozan de un techo donde vivir, de comida, vestido, escuela; e incluso, de la herramienta necesaria para que los hijos ejerzan un oficio en su edad adulta. La mujer, tradicionalmente es la encargada de administrar los bienes, de la atención y cuidado de los hijos y del marido, de quien los hijos aprenden la educación y los valores familiares. Los hijos deben encargarse de sus actos en cuanto son capaces de entender sus alcances, de obtener buenas notas en la escuela y obtener el mayor cúmulo de conocimientos posibles, de ayudar en algunas labores domésticas, y observar un buen comportamiento.

El Derecho a la procreación es un derecho fundamental y natural del ser humano. En el mundo occidental, no se puede entender la existencia de un Estado que restrinja algo natural que es la base de la evolución del ser humano.

Lo más normal es pensar en la procreación natural del ser humano, es decir, aquella que tiene lugar por la cópula del hombre y la mujer, a través de la cual pretenden tener descendencia. Sin embargo, no todas las parejas tienen la oportunidad de procrear a través del medio natural que nos ha proporcionado la naturaleza, o para los creyentes, como un atributo del hombre proviene de una voluntad divina. En la actualidad, y desde hace algunas décadas el hombre, a través de métodos médicos y genéticos, con la intervención de especialistas tienen la posibilidad de procrear artificialmente.

Tanto se ha preocupado el hombre por hacer todas aquellas cosas que nos han sido negadas por la naturaleza, que no nos detenemos a reflexionar si en verdad debemos hacerlas. La persona estéril se preocupa tanto por poder tener un hijo, que busca cualquier alternativa para lograr ser madre, ya que médicamente esa persona se encuentra imposibilitada para procrear un hijo de forma natural, es aquí donde surgen otros métodos para lograr esas necesidades de procreación.

La ciencia avanza todos los días, y la ambición del ser humano crece de la misma forma acelerada. Antes se necesitaba de una pareja para procrear a sus hijos, y con el paso de los años y el avance de la tecnología, hoy solo se necesita la voluntad de la madre y un espermatozoide de un donador para la fecundación de un

óvulo, la ciencia busca generar vida humana a partir de la célula de una sola persona. La máxima creación de la naturaleza, generar vida, parece que ahora se podrá hacer en laboratorios, de acuerdo al gusto de cada persona, como si se tratara de la elección de un cosa. El humano parece no pensar en todas las circunstancias que se generan alrededor de la formación de una familia, pues lo importante tan solo, es tener una; ya sea por medios naturales o artificiales.

El ser humano se ha olvidado que lo más importante no es tener familia, sino cuidarla y procurarla para que los hijos crezcan en un ambiente adecuado para su desarrollo como ser humano. Eso no es capaz de darse en el laboratorio. Eso se alimenta dentro del seno familiar, para lo cual es necesario una reflexión sobre estos dilemas Bioéticos.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN

1.1. Concepto de familia y su evolución.

El término familia proviene del latín *famulus*, por el que se debe entender “esclavo”, toda vez que deriva de la voz *famel* (esclavo).¹

Según el diccionario de la lengua española concibe a la familia como el grupo de personas emparentadas entre si que viven juntas. De manera mas amplia dice que es el utilizado para significar al conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.²

María Pérez Contreras entiende por familia “una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley, como es el caso de la adopción. Una familia nace de la unión de dos adultos que viven juntos, de los hijos que ellos tengan y del reconocimiento que hagan otros miembros de la sociedad y/o la ley acerca de tal unión. Lo cierto es que los hogares de madres solteras son cada vez más frecuentes y a éstos se les reconoce igualmente como núcleos familiares.”³

José Alberto Garrone emplea este término para distinguir al conjunto de personas que, descendiendo de un tronco común, están unidos por lazos de parentesco. En su opinión, los orígenes de la especie humana, así como su organización primitiva son

¹ Cfr.- **COROMINAS J. V.** Familia. “diccionario crítico etimológico de la lengua castellana”, Editorial Gredos, España; 1954.

² Cfr.- Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Tomo a-g. Editorial Espasa -Calpe. España; 1992. p, 949.

³ **PÉREZ CONTRERAS**, María Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados, LVII legislatura y UNAM, México; 2000. p, 4.

poco claros lo cual no implica que la familia en todo tiempo haya sido y aún sea el núcleo social primario, cuyos pilares básicos son el amor y la procreación.⁴

Roberto Suárez entiende por familia en sentido amplio como “aquel grupo de personas que por naturaleza o por derecho están sujetas a la potestad de uno.” En sentido restringido entiende por familia “la agrupación de personas cuya generación es común por descender de un mismo tronco o raíz; comprende a los padres y a los hijos.”⁵

Vista desde el campo sociológico la familia, en sentido muy amplio, es el grupo de personas entre quienes existe un parentesco consanguíneo sin importar su lejanía. Dentro de ella se generan vínculos de solidaridad y una carga de efectos sentimentales. Así se forma la idea de familia en sentido amplio, que coincide con el concepto de *gens* (linaje).⁶

Desde el punto de vista sociológico Gustavo A. Bossert y Eduardo Zannoni, la conciben como: “una institución permanente que está integrada por personas cuyos vínculos derivan de la unión intersexual, de la procreación y del parentesco.”⁷

Desde el punto de vista jurídico conciben a la familia como aquella “formada por todos los individuos unidos por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco.”⁸

Aunque para cualquier persona parece claro conocer el concepto de familia y distinguir sus elementos, podemos encontrar diferencias entre aquellos que la conciben desde su acepción sociológica de quienes se inclinan por la concepción

⁴ Cfr.- **GARRONE**, José Alberto, “Diccionario jurídico Abeledo-Perrot”, Tomo II E-O. Argentina; 1986. Pp. 137 y 138.

⁵ **SUÁREZ FRANCO**, Roberto, “Derecho de familia”, 5ª edición, editorial Temis, Colombia; 1990. p, 3.

⁶ Cfr.- Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. “Nuevo diccionario jurídico mexicano”, Tomo D-H, Porrúa, México; 2000. p, 1675.

⁷ **BOSSERT**, Gustavo A. y **ZANNONI**, Eduardo, “Manual de derecho de familia”, 5ª edición, editorial Astrea, Argentina; 2003. p, 5.

⁸ *Ibíd.* p, 6.

jurídica de familia. La familia como núcleo social es muy variada, de acuerdo al número de elementos que la conforman, de sus lazos de parentesco, de las funciones que cada uno de sus miembros cumple en su seno.

Para Edgard Baqueiro Rojas la familia es un concepto jurídico, que gira en torno a la idea del parentesco, dentro del cual se comprenden vínculos de sangre, o una relación de carácter civil. Dicho en otras palabras, ya sea por la unión de los sexos, por virtud del matrimonio o del concubinato, se da nacimiento a la familia, a la que se incorporan nuevos integrantes al momento de su nacimiento.

El legislador también se ha esforzado por brindarnos una concepción jurídica de la familia. A manera de ejemplo citamos los siguientes:

Para el legislador del Estado de Hidalgo, en el artículo 1º de su Código familiar “La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico, del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad.”

Por su parte, el legislador de Querétaro define a la familia, en su Código Civil, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 135.- La familia es una institución social, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo del matrimonio, el concubinato o por el parentesco de consanguinidad, civil o afinidad.”

El Código civil para el Estado de Morelos en su artículo 84 bis a la letra dispone:

“...La familia morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, establece entre hombre y mujer y su plena realización en la filiación libre, consiente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja...”

"Los integrantes de la familia tienen derecho a que los demás miembros respeten su integridad física y psíquica, con objeto de contribuir a su sano desarrollo para su plena incorporación y participación en el núcleo social. Al efecto, contarán con la asistencia y protección de las instituciones públicas de acuerdo con las leyes".

La familia es una realidad permanente, en constante cambio, por lo que es dinámica; se transforma y se adecua a las circunstancias que giran en su entorno, como por ejemplo la guerra transforma a la familia, modifica su estructura integrativa, como también afecta en ella, la riqueza, la pobreza, la cultura y la ignorancia. Todos estos factores inciden directamente en la composición y la función que cada uno de los miembros de la familia cumple.

La familia, en la actualidad puede proceder de distinto origen; es decir, la manera en que se forma es heterogénea, de acuerdo a los factores apuntados en el párrafo anterior. Entonces, si una pareja es muy religiosa fundará la familia en la unión religiosa; si se pondera el matrimonio civil, será éste el mecanismo por el que surgirá una nueva familia; quienes se consideran antiformalistas fundarán la familia en el concubinato. De igual forma el fenómeno de la procreación ha sido básico para integrar nuevos miembros a la familia; sin embargo, la adopción y los métodos de procreación asistida, con el paso de los años, han venido jugando un papel cada vez mayor para la generación de la descendencia del ser humano.

1.2. El surgimiento de la familia a partir del matrimonio.

Antes de iniciar con el concepto de matrimonio, considero pertinente se haga el señalamiento bajo el cual se explica que la teoría del matrimonio religioso tiene un vínculo esencial con las instituciones religiosas; siendo hasta después de la revolución francesa en donde aparece propiamente una teoría del matrimonio civil,

con independencia de cualquier creencia religiosa, y que encuentra su base en la libertad como valor identificador del Estado moderno.⁹

El matrimonio es la única vía por medio de la cual se constituye la comunidad conyugal, siendo, a su vez, la base primaria de la familia en México. Después de la cual es seguido por el nacimiento de la descendencia, con la que se da génesis a la relación paterno-filial matrimonial.

De forma clara se puede distinguir dos acepciones del vocablo matrimonio, a saber:

- a) El vínculo o estado conyugal; y
- b) El acto por el cual se origina.

Dicha afirmación la podemos ejemplificar de la siguiente forma: apeándonos a la primera acepción se escucha la siguiente frase “con formar una familia”. Atendiendo a la segunda acepción: “El matrimonio es el contrato civil por medio del cual un hombre y una mujer forman una familia...”¹⁰

En un sentido amplio J. Hervada define al matrimonio como: “Unión del varón y la mujer formando una unidad en las naturalezas”.

De la anterior definición, aparentemente pobre y ambigua, el mismo autor explica sus elementos, lo que desde el particular punto de vista enriquece los defectos fácilmente observables, al señalar:

1. Se trata de una unión que tiene su origen en la libre manifestación del consentimiento de los contrayentes. Se emite en el momento inicial del matrimonio, aunque sus efectos se prolongan en el tiempo.

⁹ Cfr.- **ALVAREZ CAPEROCHIPI**, José A, “Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico”, Tomo I. Editorial Civitas. España; 1987. P. 47.

¹⁰ Cfr.- **BONET SÁNCHEZ**, Cachón Blanco, **CISNEROS** Guillén y **FERNÁNDEZ** Merino, “Temas de derecho civil”, Vol. 1. Dikynson. España; 1999. P. 262.

2. Pese a los nuevos modelos familiares que algunas minorías tratan que se reconozcan, en la actualidad se trata únicamente de la unión del hombre y una mujer; esto significa que la heterosexualidad es un requisito fundamental para la eficacia y del acto. Tan es así que Fernando Hiestrosa define al matrimonio como: “una regulación jurídico-social de las relaciones heterosexuales y de la educación de la prole, que se traduce en una unión de vida, de hombre y mujer, para convivir, procrear y ayudarse mutuamente”.¹¹
3. Forman una unidad en las naturalezas. Este elemento no lo explica, además de que por si mismo no se alcanza a comprender, siendo éste uno de los detalles que advierten ambigua la definición dada.¹²

Para Calogero Gangi, el matrimonio es: “La unión del hombre y de la mujer para formar una familia legítima. Es una unión estable, duradera por toda la vida de los cónyuges, nacida en las formas y según las normas establecidas por la ley, para la satisfacción de sus necesidades sexuales, para la comunidad de su vida, para la recíproca asistencia, así como para la procreación, crianza y educación de la prole”.¹³

El mismo autor desprende de la definición, su diferencia con el concubinato, al ser ésta una situación de hecho tolerada por el derecho¹⁴; aunque pongo en duda que sea reprobada por la moral y la costumbre social; al menos en México, que cada día es mas usual este tipo de relación, a grado tal que la tutela de sus miembros es casi equiparable a la del matrimonio.

Aunque una de las cosas que les distingue es que para disolver el matrimonio se requiere de la declaración judicial dictada en ese sentido, en tanto que para la

¹¹ **HINESTROSA**, Fernando, “Concordato, matrimonio y divorcio”, Ediciones Tercer mundo. Colombia; 1974. P. 185.

¹² Cfr.- **DELGADO DE MIGUEL**, Juan Francisco, “Instituciones de derecho privado”, Tomo IV. Familia. Vol. 1. Editorial Civitas. España: 2001. Pp. 71 y 72.

¹³ **GANGI**, Calogero, “Derecho matrimonial”, Editorial Aguilar. España; 1960. P. 5.

¹⁴ Cfr.- *Ibíd.* P. 6.

disolución del concubinato tan solo se requiere de la voluntad de una de las partes, sin que concurra la voluntad estatal. Esto es lógico pues parecería incongruente que el Estado que no se manifestó en relación al nacimiento del concubinato, si lo haga al momento de su terminación.

Otra apreciación que nosotros pudiéramos advertir es que dentro de la definición se maneja el vocablo “legítima”, señalando que es legítima en cuanto a la concurrencia de voluntades en el mismo sentido, mas no por estar tutelada por las leyes civiles.

Es probable que la definición dada por *Calogero* se base en el Digesto Modestino, en donde se definió de la siguiente forma: “El matrimonio es la sociedad del hombre y de la mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse, por el mutuo socorro, a llevar el peso de la vida, y para compartir su común destino”.¹⁵

Para el jurista español Luis Diez Picazo el matrimonio es: “La unión de un varón y de una mujer, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendiente a realizar una plena comunidad de existencia”.¹⁶

De la definición dada por estos autores llama la atención la expresión “de por vida”, sobre la cual ellos mismos manifiestan que el consentimiento debe recaer sobre un proyecto de vida común; y que éste debe ser de por vida, aunque posteriormente se pueda ver frustrado. Y afirman categóricamente, que si dicho proyecto en un principio no se establece con el carácter de vitalicio, pudiera surgir otra figura, más no el matrimonio.¹⁷

¹⁵ Definición que viene en el libro de: **MONROY CABRA**, Marco Gerardo, “Derecho de familia y de menores”, 2ª edición. Librería jurídica Wilches. Colombia; 1991. P. 180.

¹⁶ **DIEZ PICAZO**, Luis y **GULLÓN**, Antonio, “Instituciones de derecho civil”, 2ª edición. Tecnos. España; 1998. P. 43.

¹⁷ Ídem.

El consentimiento se debe prestar atendiendo a una serie de formalidades establecidas en las leyes; por lo que al matrimonio se le considera como un negocio jurídico solemne; aunque no se requiere de la consumación del mismo.

Desde una perspectiva meramente legalista, nuestro Código Civil en su artículo 146 define al matrimonio como: “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 posibilidad 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”.

1.3. El surgimiento de la familia a partir del concubinato.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española no define al concubinato, pero al tratar a la concubina, se dice que es "manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si este fuera su marido."¹⁸

No existe una definición en la ley de lo que se debe entender por concubinato; sin embargo, los tribunales federales nos han brindado uno para los efectos de la aplicación de la ley penal, cuya ejecutoria en su parte conducente a la letra dice:

“En materia penal se considera que el concubinato es la unión libre de mayor o menor duración para que cohabiten dos personas, esto es, la simple decisión de ambos de vivir juntos no ligados por un vínculo matrimonial y sin formalización legal, para cumplir los fines atribuidos al matrimonio; conceptualización que es diversa a la contemplada por el Código Civil del Estado de México,...”¹⁹

¹⁸ Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. 19a Edición; Madrid; 1970. Vol. II. Pg. 339.

¹⁹ PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo directo 92/2004. 21 de junio de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Rogelio Sánchez Alcáuter. Secretaria: Gabriela Bravo Hernández.

En la opinión de Alberto Pacheco Escobedo no es correcto presentar al concubinato como un matrimonio de hecho, o aparente; toda vez que no tiene apariencia alguna de matrimonio; además que reducir al mínimo los efectos del concubinato, es reconocer la voluntad de los interesados que no desean que su situación produzca derechos ni obligaciones; y la norma se los impone aún contra su voluntad. No se debe equiparar a los esposos a los que han querido permanecer extraños entre sí.²⁰

Si bien es cierto que a través del concubinato algunos individuos no desean desatar consecuencias de derecho; sin embargo el Derecho no puede mantenerse incólume ante los efectos que se deben producir en relación a terceras personas, como son los hijos. No concibo posible que la pura voluntad del individuo sea suficiente para que deje de cumplir con las obligaciones que se derivan de hechos humanos que si bien no son consecuencia de la celebración de un acto jurídico, si deben acarrear consecuencias en el Derecho; toda vez que el ejercicio de sus derechos es o puede ser facultativo, pero no el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la creación de una familia, de su propia descendencia; motivos por los cuales considero adecuado que el Estado se preocupe por la célula de la sociedad y pugne por su buen funcionamiento, dejando de surtir efectos la autonomía de la voluntad.; toda vez que como ya deje asentado también afecta a la misma sociedad y no solo a los interesados en la subsistencia del concubinato.

En este sentido fue pronunciada la Exposición de Motivos del Código Civil de 1928, en el que se percibía claramente que entre los mexicanos existe una manera peculiar para formar una familia, denominada (concubinato); y por tal motivo en el proyecto ya se reconocían algunos efectos jurídicos producidos por el concubinato; ya en beneficio de los hijos, o de la misma concubina.

²⁰ Cfr.- **PACHECO E.** Alberto, "La familia en el derecho civil mexicano", 2ª Edición; Panorama Editorial. México 1985. p, 196.

El concubinato requiere de estabilidad y permanencia; características que lo diferencian de las uniones sexuales pasajeras o esporádicas, o de aquellas relaciones sexuales habituales, pero que no van acompañadas de la cohabitación.

Son varios los elementos que conforman al concubinato y lo distinguen de otras relaciones familiares, mismas que serán enunciadas en los siguientes incisos:

- a) La unión de un hombre con una mujer para hacer vida semejante a la de los cónyuges. Esto excluye la concepción del concubinato entre personas del mismo sexo.
- b) Unión de hecho entre personas que se encuentran libres de matrimonio. Si estuvieran casados entre sí, sería matrimonio, y si uno de ellos lo estuviera, se trataría de adulterio.
- c) Se debe tratar de una unión estable, que haya durado cuando menos dos años, o que hubiera provocado el nacimiento del primer hijo común. Esos hijos deben ser producto del concubinato, pues si alguno de los nacidos es declarado hijo de otro, o es reconocido por otro, no se configura el concubinato por esta circunstancia.
- d) Unión permanente; es decir, cohabitando como lo harían los cónyuges, no a ratos ni por temporadas, de tal suerte que se pueda presumir que ha existido un domicilio común de los concubenarios.
- e) Unión de personas que no tengan entre sí un impedimento matrimonial. Este requisito es adecuado a la finalidad que el legislador busca al dar efectos legales a este tipo de unión de hecho. Porque no se podría disculpar el concubinato vivido entre parientes que por ley, no pueden contraer matrimonio. En estos casos no es admisible ninguna disculpa y tal unión incestuosa no merece ni siquiera el nombre de concubinato, ni la ley puede otorgarles efectos civiles a

tales uniones que a la fecha se consideran por la sociedad mexicana como aberrantes.

- f) Unión de un solo concubinario con una sola concubina; toda vez que si existieren varios, no habría concubinatos. Esto no quiere decir que los concubinarios tengan la obligación de fidelidad, ni que el concubinato deba ser monógamo, sino que cuando existan varias uniones de hecho simultáneas, ninguna se puede reputar legalmente como concubinatos.²¹

Para la existencia del concubinato se deben reunir todos los requisitos legales y son solo algunos de ellos, pues de lo contrario se le otorgaría el mismo carácter a relaciones pasajeras y que no deben tener trascendencia jurídica. La existencia del concubinato se funda en el propósito de la pareja de formar una unión estable y permanente. Es por ello que me permito citar el texto de la tesis aislada. Ver Anexo A.

Respecto a los efectos jurídicos nacidos del concubinato, en el Derecho Civil mexicano, los podemos resumir, con la transcripción de dos artículos del ordenamiento civil vigente, a saber:

"Artículo 291. Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Artículo 291. Quarter. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este código y en otras leyes."

En relación a los hijos, el concubinato desata consecuencias de derecho, tales como: el ejercicio de la patria potestad, el suministro de los alimentos, el respeto y cariño mutuos, el derecho a llevar el nombre de los progenitores, etc. Antes de la

²¹ *Ibíd.* Pp, 200 a 202.

promulgación del nuevo Código Civil para el Distrito Federal se sostenía que el concubinato solo podría generar consecuencias de derecho mientras subsistiera; no obstante hay que dejar bien claro que los efectos que se desatan en relación a los hijos no surgen por virtud del concubinato sino por las relaciones de filiación y de parentesco, motivo por el cual los alimentos y los derechos sucesorios se crean y se destruyen por situaciones distintas a la vida y duración del concubinato. Por lo cual cito el texto de una tesis aislada. Ver Anexo B

Con el nuevo Código Civil, los efectos del concubinato entre los concubenarios subsisten aún después de terminado el concubinato, de forma similar a lo que ocurre con el matrimonio cuando sobreviene el divorcio.

1.4. Las funciones de la familia contemporánea.

Ralph Linton hace diferencia en aquellas funciones que son de carácter biológico de las que se determinan culturalmente. La función biológica por excelencia es la procreación, la satisfacción de las necesidades sexuales de la pareja, el cuidado y la educación de los hijos; no obstante hay que reconocer que en la sociedad actual existen organizaciones sociales que coadyuvan con la familia en la educación y preparación de los hijos, como es el caso de la escuela.

Las funciones determinadas culturalmente son: la producción económica dentro de la cual participan todos los miembros, cada uno de ellos cumpliendo una función específica. La mujer al encargarse de los quehaceres domésticos permite que el hombre salga del hogar para realizar otras actividades tendientes a obtener los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades económicas de todos los miembros de la familia. Una cosa es cierta, ningún hombre o mujer tiene la capacidad de sufragar todas las necesidades familiares; esto solo se logra mediante la comunidad de vida. Cabe señalar que otras funciones culturalmente aceptadas

son: el cuidado de los adultos mayores e incapacitados y la protección de los miembros de la familia frente a extraños o terceros.²²

En la opinión de los sociólogos A Lemonnyer, Tonneau y Troude es falso afirmar que las funciones de la familia han disminuido progresivamente en número e importancia. Ellos distinguen entre aquellas funciones que son esenciales para el sostenimiento de la familia de aquellas que son secundarias en cuanto a su importancia. Entre las funciones principales están: la procreación y la educación de los hijos, asegurar al marido y la esposa y más tarde a los hijos.

Afirman que ningún grupo social de los surgidos después de la familia puede sustituirla en el cumplimiento de las funciones antes mencionadas. El papel de las nuevas organizaciones consiste en coadyuvar con la familia al cumplimiento de sus funciones. Sin embargo, existen algunas funciones que la familia primitiva debía cumplir, pero que en las sociedades más evolucionadas son cumplidas por nuevas organizaciones, como son la función económica y la política.

Esta sustitución se debe ver como algo natural, consecuencia del progreso de las sociedades modernas, que persiguen, finalmente el bienestar de los individuos.

En este sentido escribe Salustiano Del Campo: “Anteriormente toda la estructura social descansaba en la familia, que concentraba multitud de funciones esenciales tanto para la sociedad como para sus miembros y de ella se derivaban incluso formas corporativas históricas más frecuentes como el clan, la tribu, el sistema feudal hereditario que culminaba en la monarquía. El nuevo agente colectivo, la sociedad anónima, nace varios siglos antes, pero en el siglo XVIII adquiere un gran auge y sustituye a la familia en su papel clave. (...) La institución primordial de la familia contribuía en su época de mayor esplendor y de un modo decisivo al ejercicio del control social y eso suponía un capital social que en adelante tendrá que ser proporcionado por

²² Cfr.- LINTON, Ralph, “Textos de sociología de la familia”, Editorial Rialp, España; 1993. pp, 47 a 53.

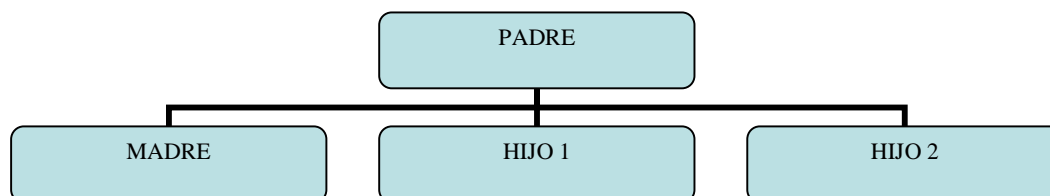
las organizaciones formales. Los nuevos actores corporativos, que no deriva ya de la familia, constituyen organizaciones formales que imponen y obligan a cumplir reglas que rigen nuestras acciones en tanto que un invento relacionado, la Nación-Estado, impone leyes que son ejecutadas por agentes nombrados. Todo ello en sustitución de las normas, reputación, status y autoridad moral que en las sociedades anteriores imponían la familia, la comunidad y las organizaciones religiosas.”²³

Un factor de suma importancia incide en el cumplimiento de las funciones de la familia, y es el papel que juega la mujer en el seno de ella y en la actividad económica de la sociedad a la que pertenece. Los autores señalan que la recuperación del valor de la mujer en el campo productivo es perjudicial para el buen cumplimiento de sus funciones como madre de familia, esposa y ama de casa.²⁴

1.5. La estructura de la familia contemporánea.

La familia nuclear.- Es definida como “un matrimonio legal vitalicio, con exclusividad de servicios sexuales entre un hombre y una mujer, con hijos, donde en principio es el hombre el que mantiene materialmente a la unidad familiar y el que ejerce la autoridad última sobre sus miembros”.²⁵

Atendiendo a dicha definición, la estructura familiar sería la siguiente:



²³ DEL CAMPO, Salustiano, “Familias, sociología y política”, Editorial complutense, España; 1995. pp, 27 y 28.

²⁴ Cfr.- A LEMONNYER, TONNEAU Y TROUDE “Manual de sociología católica », Cía, editora nacional, México, 1934. pp, 89 y 90.

²⁵ DEL CAMPO, Salustiano.- Op. Cit. p, 29.

No solo por ser mujer, sino porque reconozco y creo en la igualdad de los sexos estoy en desacuerdo con el organigrama anterior. La mujer no es subordinada del hombre dentro de la familia, ambos se encuentran en el mismo plano; aunque reconozco que cada uno de ellos debe cumplir con un rol para el buen funcionamiento de la familia. La mujer trabaja fuera del hogar al igual que lo hace el hombre; el hombre atiende necesidades afectivas en la familia al igual que lo hace la madre, realizando diferentes funciones y otras actividades domésticas. Pero todo ello se debe dar en armonía, y sin que ello implique la desatención de sus principales funciones.

Padre.- El padre es el principal proveedor de los satisfactores económicos necesarios para el sostenimiento de la familia

Madre.- La madre se encarga de que los bienes materiales proporcionados por el padre sean distribuidos equitativamente entre los miembros de la familia y que se utilicen para el propósito para el cual han sido adquiridos. Ella vigila el comportamiento de los hijos, inculca en ellos los principales valores; educa y está pendiente de satisfacer sus necesidades.

Los hijos.- Deben cumplir con sus obligaciones escolares y aprender todos los valores que les son inculcados para que en un futuro puedan asumir el rol que les toca en la sociedad.

Comulgar con la estructura nuclear de la familia no significa desconocer la variedad de familias que hoy en día se forman debido a factores económicos, sociales y culturales de la sociedad mexicana. Sin embargo, en la medida de que cada familia cuente con una estructura adecuada y cada uno de sus miembros cumpla con el rol socialmente aceptado habrá control social y se podrán satisfacer todas las necesidades del ser humano. A manera de ejemplo cito el caso de muchas familias mexicanas en que la mujer es el sostén de la casa y para ello debe laborar más de 8 horas fuera del hogar. Precisamente por atender y asumir el rol de otro miembro de

la familia (el padre) desatiende otras funciones que le corresponden, tales como: verificar que los hijos hagan su tarea, vigilar su alimentación y las actividades que estos realizan en sus ratos de ocio, jugar con ellos, etc.

En la medida en que la familia actúe como un grupo cubriendo las necesidades de sus miembros serán satisfechas de mejor manera, siempre y cuando cada uno de ellos cumpla con su parte. De lo contrario se generan consecuencias negativas en la operatividad y funcionamiento de la familia. Debemos reflexionar sobre el papel que en nuestra sociedad juega el dinero, pero que éste valor no es suficiente para crear hombres de bien; al mismo tiempo, el ser humano necesita amor, atención, calidad de tiempo que le dediquen sus padres para socorrerle y apoyarle.

1.6. Las diferentes funciones del hombre y de la mujer dentro de la familia.

De acuerdo al estructural funcionalismo, la familia es una institución que ha permanecido relativamente invariable a partir de los orígenes del hombre hasta nuestros días. Esta idea supone que la estructura familiar patriarcal constituye la organización social natural a partir de la cual se ha desarrollado la sociedad humana. El sistema social consiste en el conjunto de procesos de interacción entre actores; la estructura de las relaciones entre estos conforma la estructura del sistema.

La familia como sistema social, tiene una importancia primordial en el conjunto de la sociedad, y su importancia radica en que:

- La sociedad se encuentra conformada por familias;
- Se puede comprender la peculiaridad de una sociedad delineando sus relaciones familiares;
- Es la institución social mediadora entre el individuo y la sociedad más amplia;
- Es la única institución social, con excepción de la religión, que fue desarrollada formalmente en todas las sociedades;

- Es la base fundamental de toda estructura social pues todas las demás instituciones dependen de sus contribuciones.

El estructural funcionalismo analiza los fenómenos sociales en términos de su composición (conformación esencial básica de sus elementos constitutivos) y de su función (contribución positiva a la estabilidad del sistema).

La estructura de la institución familiar es conyugal; esto significa que se forma por padre, madre e hijos, y el sistema global está formado por familias conyugales relacionadas entre sí. En cada familia conyugal cada actor es miembro de dos familias conyugales; es decir, la familia en que creció, y la familia que formó. El actor es el único miembro común de ambas.

La familia conyugal se forma a partir del matrimonio de dos actores que provienen de dos grupos distintos, y que son ligados entre sí en base a ese matrimonio particular.

La familia es una unidad de residencia y consumo aislada y autónoma, que no depende ni para su organización ni para la obtención de sus ingresos de la familia de orientación de ninguno de los cónyuges, y si así fuera no importase de cual. Su principal fuente de ingresos depende de la actividad del marido. Su residencia es independiente de la de los grupos parentales.

Reposa en el vínculo matrimonial como pilar fundamental del sistema de parentesco; que debido a su aislamiento estructural tanto económico como geográfico, la lealtad primera va dirigida hacia el cónyuge y hacia sus hijos.

Se trata de un sistema libre y abierto, en el que existe la libertad para que el individuo elija su cónyuge sin presiones familiares, y la nueva unidad conyugal no se incorpora a un grupo familiar previamente establecido, sino que se conforma de manera independiente. Este sistema abierto, que permite la elección personal del cónyuge, careciendo de influencias externas, facilita la libre expresión de los sentimientos, lo

cual redundancia de manera positiva para el mantenimiento de la solidaridad del grupo familiar en cuanto que el lazo de unión no deriva de fuerzas ajenas a los actores involucrados.

Una de las funciones elementales de la familia es proporcionar un soporte emocional recíproco, basado en la cooperación. Para que esto sea posible, debe darse una diferenciación de actividades, de manera que no existan rivalidades internas. El padre cumple con un rol instrumental dirigido a la provisión de las necesidades materiales de la familia, en tanto que la mujer desempeña el rol expresivo de satisfacción de las necesidades afectivas y emocionales. El rol instrumental del hombre y su realización en el campo profesional constituyen un criterio esencial para determinar la posición de la familia en el conjunto de la sociedad.

El hombre por encargarse del trabajo fuera del hogar, y por tanto de conseguir los medios económicos para mantener adecuadamente a la familia, y de representarla en el contexto exterior, y por este hecho desarrolla sus capacidades intelectuales y se convierte en un ser agresivo. La mujer, por otro lado, desempeña un rol expresivo, dedicada a satisfacer las necesidades afectivas y a ocuparse del interior del hogar, siendo este hecho el que condiciona su carácter, haciéndola dulce, tranquila, etc. Es adecuada la diferenciación de las funciones que desempeñan los cónyuges para que así se impida la competencia conflictiva, objetivo esencial de todo sistema social.

La desorganización familiar es entendida como la ruptura de la unidad familiar, la disolución o rompimiento de una estructura de funciones sociales cuando uno o más de sus miembros dejan de desempeñar adecuadamente sus obligaciones funcionales.²⁶

²⁶ Cfr.- Gilda Waldman.- Revista mexicana de ciencias políticas y sociales.- (No. 98 y 99. Año XXV y XXVI; nueva época.- México), Oct. - Dic. 1979; Enero -Marzo 1980. pp, 114 a 126.

CAPÍTULO SEGUNDO. LOS PRINCIPALES DERECHOS HUMANOS Y SU SATISFACCIÓN DENTRO DEL NÚCLEO FAMILIAR

2.1. Concepto de persona.

Para el desarrollo del presente punto nos basaremos en las ideas del jurista Eduardo García Máynez, para quien se da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes.

Las personas jurídicas se clasifican en físicas y morales. Por el primer se entiende al hombre, al ser humano; mientras que por el segundo entiende a las organizaciones, asociaciones de personas a quienes el derecho dota de personalidad mediante una ficción.

Este autor señala que a pesar de la diversidad de doctrina escrita sobre la materia, los juristas no se han puesto de acuerdo sobre lo que se debe entender por persona jurídica a pesar de la importancia que para el derecho tiene. Ante la falta de un concepto universalmente aceptado que permita a la ciencia jurídica tomar como premisa fundamental para la construcción de las normas jurídicas, el legislador se ha dado a la tarea de crear artificiosamente consecuencias de derecho a partir de un determinado hecho. Por ejemplo, el artículo 22 de nuestro Código Civil dispone:

“ARTICULO 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”

El interés por la ciencia jurídica por determinar el concepto de persona es simplemente para hacerla sujeta de derechos y obligaciones. En tal virtud en tanto una piedra no sea considerada como persona no es sujeto de Derecho; sin embargo

esta misma cuestión se torna más delicada cuando hablamos del embrión humano ¿Debe ser considerado persona u objeto?

El legislador en base a un interés meramente político habrá de determinar con un criterio meramente pragmático a quienes conviene se les otorgue personalidad jurídica. La palabra persona tiene distintas acepciones, dentro de las cuales se destacan aquellas que tienen connotaciones jurídicas y éticas.

No tiene sentido buscar el sentido de la palabra “persona” en su acepción latina “máscara”, pues no nos conduciría al lugar que deseamos para desentrañar el verdadero significado de la palabra persona y los efectos jurídicos que ello conlleva. Por persona debemos entender al individuo que pertenece a la especie humana. Desde el punto de vista ético, persona es el sujeto dotado de voluntad y razón; aquel que puede proponerse fines conscientemente así como encontrar los medios para su realización. Nicolai Hartman es uno de los principales exponentes de las corrientes éticas de la concepción de la persona; para él persona es el sujeto cuya conducta es susceptible de realizar valores morales. Señala que, como ser sensible al valor, la persona puede percibir la voz del deber (mundo ideal) y al mismo tiempo tiene la capacidad para hacer que tal percepción se traduzca al mundo de la realidad. En este orden de ideas, el hombre tiene la capacidad de decidir el sentido de sus actos de acuerdo a su propia percepción de los valores. La persona en sentido ético la concibe como el intermediario entre el mundo de lo ideal y de los valores y el de la realidad; es a través de su conducta que se materializan los valores del mundo ideal en el terreno de lo fáctico. Los valores en la persona son móviles de conducta, pautas a seguir por sus acciones. Pero el hombre se encuentra totalmente libre para adecuar su conducta o no a los valores.²⁷

²⁷ Cfr.- **GARCÍA MAYNEZ**, Eduardo, “Introducción al estudio del derecho”, 5ª edición, Porrúa, México; 2002. pp, 274 y 275.

Para el Derecho la persona física es cualquier hombre por el simple hecho de serlo; por ello es sujeto de derecho; cualquier ser humano posee personalidad jurídica aunque con las limitaciones dispuestas en las leyes.²⁸ Wincheid sostiene que la esencia del ser humano es la voluntad, y esta lo hace sujeto de derecho. Kelsen manifiesta que si bien es cierto, todo hombre es persona jurídica, no toda persona es hombre. Además distingue al hombre como sujeto de la biología y de la psicología; porque para la ciencia jurídica no es objeto de estudio el hombre, sino la persona jurídica, en tal virtud concluye que se debe diferenciar claramente entre el hombre y la persona. El Derecho solo recoge algunos aspectos del hombre, distintos a los que constituyen el campo de otras ciencias. El hecho de que todo hombre sea persona no significa que la personalidad jurídica del individuo se deba confundir con su realidad humana. Precisamente de la distinción de la persona jurídica de la ética separa los valores morales de las normas jurídicas.

Con la siguiente cita se podrá entender el sentido de las palabras antes escritas: “Ser individuo es ser yo y no otro yo; es ser una existencia única, intransferible, in canjeable, irreducible a cualquier otra; es la realidad de mi propia vida, perspectiva en el horizonte del mundo distinta a todas las otras perspectivas que son las demás vidas. La persona auténtica, profunda, entrañable, constituye esa instancia única e intransferible de decisión que somos cada uno de nosotros. En cambio, la personalidad jurídica atribuida al individuo se apoya o se funda precisamente en aquellas dimensiones que éste tiene en común con los demás. La dimensión del hombre que en el fondo funciona como persona es la dimensión que éste tiene de común con los demás sujetos jurídicos, por consiguiente no su radical individualidad. Y asimismo todas las varias concreciones singulares de la personalidad jurídica en los sujetos denotan aspectos o dimensiones genéricas, intercambiables, esto es funciones o papeles que, en principio, pueden ser desempeñados por cualquier otro.”²⁹

²⁸ Para el ejercicio de ciertos derechos la persona debe cubrir ciertos requisitos, como la edad, instrucción escolar, ejercicio profesional, sexo, estado civil, etc

²⁹ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo.- Op. Cit. p, 277.

Es por ello que la personalidad jurídica la suelen comparar con las máscaras de los actores de teatro de la antigüedad, por su naturaleza intercambiable, que no denotan al ser biológico sino al que trasciende para el Derecho. El carácter de aval, de ciudadano, delincuente, contribuyente, arrendatario, comprador, servidor público, trabajador, patrón, etc son las máscaras que en el derecho sí cuentan y tienen trascendencia, y no la persona en su carácter biológico, ontológico. Un mismo ser biológico puede reunir distintas calidades para el derecho, que son facetas de su propia actividad, como si fuesen las máscaras de los actores o las personalidades que caracterizan en sus obras.

Ahora bien, hay casos en que el individuo es incapaz de ser sujeto de deberes y obligaciones; sin embargo eso no le quita su facultad o capacidad para ser sujeto de derechos, que pueden ser ejercitados a través de sus representantes, con en el caso de los incapaces o incapacitados y de los no nacidos, cuyo objeto de estudio hoy nos ocupa.

2.2. Los principales derechos de la persona física susceptibles de protegerse desde el núcleo familiar.

Los derechos de la personalidad son aquellos necesarios e indispensables para que el ser humano se ha considerado ontológico como tal. De privarlo se le estaría negando el derecho a ser considerado como una persona humana. Esta esencia es la que le distingue de cualquier otro ser vivo.

Ignacio Galindo Grañas llama derechos de la personalidad “aquellos que tienen por objeto la protección de los bienes esenciales de la persona o mejor, de la personalidad misma, para el respeto debido a su categoría de ser humano y a su dignidad, cualidades imprescindibles para la existencia del

hombre y para el desarrollo de sí mismo en lo que se cifra plenamente su categoría de sujeto de derecho.”³⁰

El mismo autor distingue los derechos de la personalidad de los derechos humanos y de los atributos de la personalidad. Sostiene que la violación de los derechos de la personalidad no solo transgreden el orden jurídico sino que al mismo tiempo causan un grave daño a la víctima. Dice que los atributos de la personalidad son consecuencia lógica y natural del ser humano, mientras que los derechos de la personalidad forman un conjunto de derechos que son la esencia misma de la persona en su calidad de ser humano; tales como la vida, el honor, la integridad física, la salud, etc.³¹

A decir verdad es muy difícil, sino que imposible distinguir entre el significado y contenido de los derechos de la personalidad, los derechos humanos y las garantías individuales. En mi opinión, su contenido es el mismo, solo que son etiquetados de distinta manera según el criterio de cada persona. Tal y como lo veremos en el siguiente capítulo el derecho es uno solo, y los juristas se han encargado de clasificarlo y hacerlo más didáctico para su enseñanza y para su administración; sin embargo, la esencia es la misma y protegen a uno solo “el hombre”.

Thomas Jeferson en su declaración de independencia del 4 de julio de 1776, expone: “Todos los hombres..., son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes cuando entran en estado de sociedad, de los que no pueden ser privados, sus descendientes ni ellos, por ningún contrato; a saber: el goce de la vida y de la libertad, los medios de adquirir o poseer la propiedad, así como la persecución y la obtención de la felicidad y de la seguridad.”³²

³⁰ **GALINDO GARFIAS**, Ignacio, “Derecho civil, primer curso”, 14ª edición, Porrúa, México, 1995. pp, 322 y 323.

³¹ *Ibíd.* p, 323.

³² **CARRILLO FLORES**, Antonio, “La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos”, Porrúa. México; 1981. p, 193.

Mario Álvarez Ledesma señala que los primeros problemas con que se enfrenta el doctrinario a la hora de abordar el tema de los derechos humanos son su concepto y fundamento. Sin lugar a dudas el concepto aludido, como acontece con muchos otros en el ámbito jurídico carece de precisión. De hecho es tan confuso su contenido que se ha pretendido denominar a los derechos humanos de distintas formas, como si se tratara de sinonimias. El listado es amplio, pero conviene citarlo a fin de que el lector conozca a que me refiero: Derechos naturales, derechos innatos, derechos subjetivos públicos, garantías individuales, principios generales del derecho o derechos fundamentales.³³

Para él mismo los derechos humanos son “aquellas exigencias éticas de importancia fundamental que se adscriben a toda persona humana, sin excepción, por razón de esa sola condición. Exigencias sustentadas en valores o principios que se han traducido históricamente en normas de derecho nacional e internacional en cuanto parámetros de justicia y legitimidad política.”³⁴

Magdalena Aguilar Cuevas propone la siguiente definición jurídica de los derechos humanos. “Son todas aquellas facultades, prerrogativas y libertades fundamentales que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin las cuales no se puede vivir como ser humano. Tienen como fundamento la dignidad de la persona humana que ha sido reivindicada en cada momento histórico. Rebasan cualquier límite cultural racial, e inclusive al propio Estado. Son un conjunto de normas que imponen deberes y obligaciones al Estado para su efectivo respeto y cumplimiento y conceden facultades a las personas, provistas de sanciones para asegurar su efectividad.”³⁵

³³ Cfr.- **ÁLVAREZ LEDESMA**, Mario I. “Acerca del concepto de derechos humanos”, Mac Graw Hill. México; 1998. p, 1.

³⁴ *Ibíd.* p, 21.

³⁵ **AGUILAR CUEVAS**, Magdalena, “Derechos humanos; enseñanza, aprendizaje, formación”, CNDH. México; 1993. p, 15.

De las anteriores definiciones se desprende la dificultad que representa para cualquier estudioso del derecho diferenciar claramente entre los derechos de la persona, los derechos de la personalidad, los derechos humanos, las garantías individuales sin cometer en su intento algún atropello o alguna arbitrariedad. En las siguientes páginas tan solo habrán de desarrollarse algunos de los derechos fundamentales susceptibles de ser respetados desde el seno de su propia familia; aunque no se trate de todos ellos, por las limitaciones propias del presente trabajo de investigación.

Algunos de los derechos susceptibles de velarse y protegerse desde el interior de las familias están comprendidos los alimentos, entendidos éstos en su acepción jurídica, no la vulgar. El vocablo alimentos proviene del latín *alimentum*, por el que se entiende comida, sustento, o la asistencia que se brinda para el sustento.³⁶

Jurídicamente se debe atribuir a los alimentos una connotación amplia, toda vez que, no solo comprende la comida, sino todos los satisfactores necesarios que permitan a los miembros de una familia su sano desarrollo, educación, esparcimiento y desenvolvimiento, es por ello que en el artículo 308 C.C. en sus distintas fracciones contempla su contenido. Los alimentos comprenden: La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto; respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales; es decir a la capacidad de quien los proporciona y a las necesidades de quien los recibe; para las personas con algún tipo de discapacidad o declaradas en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica.

³⁶ Cfr.- **PÉREZ DUARTE Y ÑORONA**, Alicia Elena. Alimentos, "Diccionario de derecho civil y de familia", Porrúa y UNAM, México; 2004. p. 24.

La autora venezolana Flor Tortolero de Salazar define el derecho de los alimentos como “aquel que tiene el individuo para obtener todo aquello que le es necesario para vivir en condiciones dignas: para crecer, desarrollarse, educarse y poder realizarse plenamente. Así, pues, no es el derecho alimentario la posibilidad que tiene una persona para percibir alimentos propiamente dichos, es decir, aquellos nutrientes vitales para no morir, significa mucho más; incluye lo indispensable para estar bien nutrido, vestirse, cobijarse bajo un techo, recibir educación y asistencia médica.”³⁷

María Montserrat Pérez Contreras atribuye la obligación alimentaria a dos situaciones concretas: el matrimonio y el parentesco que surge del mismo, y el estado de indefensión o incapacidad de quien debe recibir los alimentos,³⁸ que bien puede ser el menor de edad, o un mayor de edad privado de sus facultades mentales o psíquicas, o la persona que habiendo sido productiva durante un buen periodo de su vida, ya no tiene fuerzas para trabajar y obtener los satisfactores suficientes que le proporcionan una subsistencia decorosa durante los últimos años de su existencia.

El Derecho de los alimentos es una obligación familiar y recíproca, toda vez que los obligados a proporcionarlos tienen un vínculo familiar con la persona que tiene derecho a recibirlos y es recíproca porque aquellos que en un momento fueron acreedores alimentarios, tiempo después se convierte en deudores alimentarios en relación a las personas de quienes los recibieron.

Volviendo al tema de los derechos fundamentales o de la persona, en las siguientes páginas habré de desarrollar algunos que tienen especial trascendencia:

³⁷ **TORTOLERO DE SALAZAR**, Flor, “El derecho alimentario del menor”, Vadell editores, Venezuela; 1995. p, 17.

³⁸ Cfr.- **PÉREZ CONTRERAS**, María Montserrat.- Op. Cit. p, 35.

A) El derecho a la procreación.

Fundamento constitucional.-

El artículo 4º en su parte conducente a la letra dispone: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

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

El mundo en que hoy vivimos se rige por el avance de la ciencia y la tecnología, misma que aspira a una libertad sin cortapisas; sin embargo todavía la religión y la moral constituyen un muro importante y necesario para que el hombre se cuestione todos los días sobre los fines de sus actividades y los objetivos que se persiguen.

La ciencia ha avanzado en el campo de la investigación, como en el caso de la biomedicina y donde el hombre ya puede intervenir de forma artificial en los procesos pro creativos de la especie humana, y a través de la ingeniería genética ya se puede intentar la manufactura de los seres humanos, con el riesgo de rebasar los límites que impone la moral y la naturaleza.

Es delicado tocar temas como las consecuencias del desarrollo de técnicas de conservación de células germinales para el uso discrecional por los investigadores y los dueños de las células; la fecundación de óvulos extracorporalmente sin la necesidad de una cópula (in vitro), la recomposición genética de embriones en busca de un nuevo genotipo para ser implantado en el útero para su ulterior desarrollo; o en su caso la experimentación genética con embriones, como si se tratara de objetos y no de seres humanos con todo el derecho a desarrollarse normalmente y constituirse en una persona viva como lo somos usted lector y yo.

Los científicos se han preocupado tanto por lo que a través del conocimiento humano se puede hacer, que no se han dado el tiempo suficiente para preguntarse si en realidad lo deben hacer. Recordemos que no todo lo que podemos hacer, es social o

moralmente aceptable; si en la búsqueda de ciertos objetivos debemos pasar por encima de los derechos de otras personas con la misma dignidad de ser humano.

A pesar de los avances científicos, una cosa es cierta, la reproducción de la especie humana depende de un factor principal; la unión de los gametos masculino y femenino, incluso en la clonación, en donde la unión de los gametos existe aunque sea de forma indirecta y asexuada.

Si nos referimos al ámbito de la Ingeniería Genética, clonar es aislar y multiplicar en tubo de ensayo un determinado gen o, en general un trozo de ADN. Sin embargo Dolly (la oveja clonada en 1997 por científicos ingleses) no es un producto de Ingeniería Genética. En el contexto en el que nos referimos, clonar significa obtener un individuo a partir de una célula o de un núcleo de otro individuo.

Clonación considerada en su dimensión biológica, en cuanto a reproducción artificial, se obtiene sin la aportación de los dos gametos; se trata, por lo tanto, de una reproducción asexual, asistida y agámica. La fecundación propiamente dicha es la fusión bien de un núcleo tomado de una célula somática misma, con un ovocito desnucleado, es decir, privado del genoma de origen materno. Dado que el núcleo de la célula somática contiene todo el patrimonio genético, el individuo que se obtiene posee (salvo posibles alteraciones) la misma identidad genética del donante del núcleo. Esta correspondencia genética fundamental con el donante es la que convierte al nuevo individuo en réplica somática o copia del donante.

Por el momento, la regla es que la decisión de la procreación es de dos; es decir, de la pareja. El hombre y la mujer deben consenso respecto del momento en que desean ser padres, así como el espaciamiento de sus hijos, con la finalidad de atenderlos mejor y procurarles el mejor nivel de vida posible. Sin embargo, ya es técnicamente posible decidir la procreación aún sin tener pareja, pues gracias a los avances de la ciencia, la persona interesada puede solicitar la fecundación de propio

óvulo con espermatozoides congelado proveniente de donante. Esto me hace preguntar ¿Lo que es algo técnicamente posible es moralmente aceptable en todos los casos?

La respuesta es no, podría tener otra respuesta en algunos casos. La procreación no solo es un acontecimiento biológico, pues implica un acto de responsabilidad, de conciencia, de madurez, y compromiso. Traer hijos al mundo implica cantidad y calidad de vida, la erogación de dinero, de tiempo, de paciencia, pero sobre todo de amor. Es cierto que los hijos pueden crecer bien sin un padre o sin una madre, por que cualquiera de los dos tiene la capacidad de educar a un hijo, es aquí donde la pregunta surge, es necesaria la presencia de ambos para que un hijo crezca dentro de un ambiente familiar.

Es cierto que en nuestro país existen muchas madres solteras, la mayoría de ellas porque el padre de los hijos es un irresponsable y evita cumplir con la obligación paterna filial. Y aunque muchas de ellas salen adelante, con la ayuda de los familiares y amigos, no se puede decir que sea el modelo o patrón a seguir.

Durante un periodo prolongado de tiempo se afirmó que el único medio aceptable para la formación de la familia era el matrimonio, con el paso de los años y la transformación de la sociedad también se aceptó el nacimiento de la familia a través del concubinato; pero en la actualidad ya se puede generar una familia, incluso sin pareja, por el simple deseo de la mujer a ser inseminada, ¿Acaso a esto se le puede llamar familia? *Xavier Hurtado* señala que la opinión mayoritariamente aceptada es que los hijos nazcan dentro del seno de una familia que se integre por el padre y la madre, toda vez que se considera el ambiente más propicio para el desarrollo de la persona. No es ético crear deliberadamente hijos huérfanos de padre, tampoco es moral ni, socialmente aceptable.³⁹

³⁹ Cfr.- **HURTADO OLIVER**, Xavier, "El derecho a la vida ¿y a la muerte?", Porrúa, México, 1999. pp, 28 u 29.

Se debe concluir que el Derecho de la madre a la procreación no es un Derecho absoluto, ya que no se puede pasar por encima del bienestar del nuevo ser incapaz de emitir opinión, tampoco sobre la moral, ni el interés colectivo. Segura estoy de que la sociedad, como ente colectivo, jamás aprobaría el nacimiento de hijos sin padre, y muchos menos que esto se hiciera deliberadamente. Es distinto que en el terreno de los hechos, ocurra este acontecimiento, y otra que sea buscada premeditadamente por el hombre.

Es tan importante la voluntad en el acto de la procreación que sin ella, el legislador ha decidido imponer penas a quienes la procuren. En ese sentido podemos encontrar algunos tipos penales previstos en el Código Penal para el Distrito Federal.-

“ARTÍCULO 150. A quien sin consentimiento de una mujer mayor de dieciocho años o aún con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo, realice en ella inseminación artificial, se le impondrán de tres a siete años de prisión.

Si la inseminación se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, se impondrá de cinco a catorce años de prisión.”

“ARTÍCULO 151. Se impondrá de cuatro a siete años de prisión a quién implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo.

Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a catorce años.”

“ARTÍCULO 153. Cuando entre el activo y la pasivo exista relación de matrimonio, concubinato o relación de pareja, los delitos previstos en los artículos anteriores se perseguirán por querrela.”

Nadie puede decidir por el otro, el momento, lugar, número y espaciamiento de su descendencia, de lo contrario se estaría violando uno de los principales derechos de todo ser humano; el derecho a la procreación.

B) El Derecho de propiedad sobre el propio cuerpo, órganos y células.

Para Jorge Alfredo Domínguez Martínez el Derecho de propiedad desde el punto de vista estrictamente jurídico es “el poder jurídico que su titular ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa y con exclusión de terceros, que le permite su aprovechamiento total en sentido jurídico porque puede usarla, disfrutarla y disponer de ella sin más limitaciones y modalidades que las establecidas en la ley.”⁴⁰

El titular del Derecho de propiedad es una persona (física o moral) poder que se ejerce sobre ciertos bienes, aquellos que durante el transcurso de su vida vaya adquiriendo. Es muy difícil que una persona desde el momento de su nacimiento ya sea propietario de bienes, pero es seguro que en el transcurrir de los años los irá adquiriendo a través del ejercicio de ciertos derechos.

El Derecho de propiedad no es un Derecho absoluto, tal y como lo dispone el artículo 27 de la Constitución General de la República y el 24 del Código Civil para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

“El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley.”

⁴⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Derecho civil, parte general”, 7ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 348.

En tal virtud, la persona no se puede escudar en el derecho de propiedad para quedar en estado de insolvencia en perjuicio de terceros, tampoco puede disponer de sus bienes para la consecución de un fin ilícito.

Si el Derecho de propiedad se ejerce únicamente sobre los bienes del titular, entonces hay que preguntarse si los gametos masculino y femenino pueden ser considerados como bienes según el derecho. En su acepción económica, bien es cualquier objeto capaz de serle útil al hombre. El bien es el objeto que nos permite satisfacer nuestras necesidades, tal es el caso de una computadora, un auto, una casa, etc. Igualmente, desde el punto de vista económico, los bienes se clasifican en naturales o mixtos: entre los primeros están el aire, el agua, la tierra, el sol, el clima; mientras que forman parte de los segundos cualquier clase de bien para cuya génesis es indispensable la voluntad creadora del hombre.⁴¹ Sin embargo esta clasificación no nos deja claro si un niño de probeta es producto de la naturaleza o de la mano del hombre; si bien es cierto las células de donde brota el embrión son producto, solo de la naturaleza, su unión depende de la voluntad de los científicos, pues sin su intervención no hay posibilidad de que se genere un nuevo ser.

Es bien importante hacer la distinción entre los bienes jurídicos de los que solo tienen carácter patrimonial. El bien jurídico comprende todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y cuyo contenido comprende toda clase de valores, bienes y derechos, mientras que los bienes patrimoniales son los que tienen carácter económico susceptible de apropiación particular. A manera de ejemplo podemos afirmar que un bien jurídico es la vida, que por supuesto no es valuable en dinero, mientras que un avión es un bien patrimonial.

Un bien puede ser jurídicamente propiedad de una persona, ya sea porque le pertenece de forma exclusiva o por disposición de la ley. No todas las cosas o bienes son susceptibles de apropiación particular, tal es el caso del aire, el agua, el espacio aéreo. Otros bienes si lo pueden ser, como en el caso de los órganos y células

⁴¹ *Ibíd.* p, 299

germinales de cada persona. En ese orden de ideas, si un mayor de edad puede disponer de su propia persona, también tiene capacidad de disponer de los componentes de su propia persona.

La Ley General de Salud en su artículo 313 prevé a competencia de la Secretaría de Salud para el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, y la regulación y el control sanitario sobre cadáveres.

Para los efectos del título décimo cuarto de la ley, se entiende por:

- I. Células germinales, a las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;
- II. Cadáver, al cuerpo humano en el que se compruebe la presencia de los signos de muerte referidos en la fracción II, del artículo 343 de esta Ley;
- III. Componentes, a los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos;
- IV. Componentes sanguíneos, a los elementos de la sangre y demás sustancias que la conforman;
- V. Destino final, a la conservación permanente, inhumación, incineración, desintegración e inactivación de órganos, tejidos, células y derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos, en condiciones sanitarias permitidas por esta Ley y demás disposiciones aplicables;
- VI. Disponente, a aquél que conforme a los términos de la ley le corresponde decidir sobre su cuerpo o cualquiera de sus componentes en vida y para después de su muerte;
- VII. Donador o donante, al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes;
- VIII. Embrión, al producto de la concepción a partir de ésta, y hasta el término de la duodécima semana gestacional;

IX. Feto, al producto de la concepción a partir de la decimotercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

X. Órgano, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes que concurren al desempeño de los mismos trabajos fisiológicos;

XI. Producto, a todo tejido o sustancia extraída, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este Título, la placenta y los anexos de la piel;

XII. Receptor, a la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o productos;

XIII. Tejido, a la entidad morfológica compuesta por la agrupación de células de la misma naturaleza, ordenadas con regularidad y que desempeñen una misma función, y

XIV. Trasplante, a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren al organismo.”

El Código Penal para el Distrito Federal nos marca.-

“ARTÍCULO 149. A quien disponga de óvulos o espermatozoides para fines distintos a los autorizados por sus donantes, se le impondrán de tres a seis años de prisión y de cincuenta a quinientos días multa.”

La disposición de órganos y células germinales se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Salud. Esto quiere decir que la persona no es libre para disponer de sus gametos, pues solo lo puede hacer de acuerdo a la normatividad de la materia sanitaria.

La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

La donación expresa constará por escrito y podrá ser amplia cuando se refiera a la disposición total del cuerpo o limitada cuando sólo se otorgue respecto de

determinados componentes. En la donación expresa podrá señalarse que se hace a favor de determinadas personas o instituciones. También podrá expresar el donante las circunstancias de modo, lugar y tiempo y cualquier otra que condicione la donación. Cuando corresponda a mayores de edad con capacidad jurídica, no podrá ser revocada por terceros, pero el donante podrá revocar su consentimiento en cualquier momento, sin responsabilidad de su parte.

Hay consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada en el artículo 324 Ley General de Salud. Cabe señalar que el consentimiento tácito sólo aplica para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del disponente (es decir de la persona de quien habrán de sustraerse), y solo con la finalidad de la realización de trasplantes.

La manifestación de la voluntad de la persona para no ser considerada donador también puede recabarse en documento privado o público, y por supuesto, que conste la firma del interesado.

El consentimiento para la donación de órganos y células germinales tiene las siguientes limitaciones legales:

- El tácito o expreso otorgado por menores de edad, incapaces o por personas que por cualquier circunstancia se encuentren impedidas para expresarlo libremente, no será válido, y
- El expreso otorgado por una mujer embarazada sólo será admisible si el receptor estuviere en peligro de muerte, y siempre que no implique riesgo para la salud de la mujer o del producto de la concepción.

Es bien importante que se diga que los órganos, tejidos y células se encuentran fuera del comercio, motivo por el cual solo es válida la donación de los mismos que se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

C) El Derecho a la vida y su valor.

¿Desde cuando se puede considerar a una persona como tal; desde su nacimiento, desde la fecundación del óvulo, dentro de alguno de los periodos de la gestación? Se trata de un tema sumamente ríspido en que los especialistas y aún, las personas carentes de conocimientos técnicos opinan y no se ponen de acuerdo. La respuesta a la interrogante puede tener respuestas distintas, incluso contradictorias, dependiendo de la época y el lugar en que se responda. Por ejemplo, los romanos no consideraban a todos los seres humanos, como persona; las mujeres manumitidas y toda aquel ser humano que estuviera bajo la potestad del *pater familiaes* no era considerada persona; mucho menos los esclavos.

Hoy en día es el avance de la ciencia y la tecnología la que nos quiere demostrar en base a una serie de criterios objetivos que la persona puede ser considerada como tal desde un momento en que el producto de la fecundación ya posee corteza cerebral. Esto viene a colación en virtud de que los científicos experimentan con los embriones humanos, buscando legitimar su actividad en base a una serie de razonamientos y argumentos de carácter científico.

La ciencia médica considera de vital importancia la manipulación del embrión humano para su estudio y la detección de enfermedades del embrión antes del implante, o después de ser llevado a cabo y detectado a partir de una biopsia, ultrasonido, fetoscopia y algunos otros métodos conocidos. Mediante los métodos científicos tal como el ultrasonido, pueden ser detectados y tratados algunos desórdenes del embrión; unos pueden ser solucionados intrauterinamente y otros

después del nacimiento. La utilización de los métodos antes señalados es lícita en tanto al embrión no se le considere persona, de lo contrario, tales actividades entran al terreno de la ilicitud. En sentido similar podemos encontrar la redacción del artículo 154 del Código Penal para el Distrito Federal, que a la letra dispone:

“ARTÍCULO 154. Se impondrán de dos a seis años de prisión, inhabilitación, así como suspensión por igual término para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, profesión u oficio, a los que:

- I. Con finalidad distinta a la eliminación o disminución de enfermedades graves o taras, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo;
- II. Fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto al de la procreación humana; y
- III. Creen seres humanos por clonación o realicen procedimientos de ingeniería genética con fines ilícitos.”

La iglesia católica ha expresado su parecer en diversos momentos de la historia; sin embargo en su Carta de los derechos de la familia del 15 de noviembre de 1983 se manifiesta en el siguiente sentido:

“Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces. A esta evidencia de siempre, la genética moderna otorga una precisa confirmación. Muestra que desde el primer instante se encuentra fijado en el programa lo que será ese ser viviente: un hombre, este hombre individual con sus características ya bien determinadas.(...) Esta doctrina sigue siendo válida y es confirmada, en el que fuere necesario, por los recientes avances de la biología humana, la cual reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo individuo humano.(...)El embrión exige el respeto incondicionado que es moralmente debido al ser humano en su totalidad corporal y espiritual. Debe ser respetado y tratado como persona desde el instante de la concepción, y

por eso, a partir de ese mismo momento se le deben reconocer los derechos de la persona, principalmente el derecho inviolable de todo ser inocente a la vida.”⁴²

Otra pronunciación religiosa se da mediante la encíclica, “evangelium vitae”, que reafirma la posición de la iglesia católica en torno al derecho a la vida humana tocando el campo de la ciencia y de la manipulación genética. En ella señala que la experimentación que se realice sobre el embrión o el feto debe tener como única finalidad el bien sobre el que se interviene, basándose en la convicción de que el embrión humano es digno de respeto por tratarse de una persona humana.⁴³

Nuestra Constitución Política no consagra el principal derecho humano; el derecho a la vida; aunque recientemente se aprobó una iniciativa a través de la cual se promovió la derogación de la pena de muerte prevista en el último párrafo del artículo 22. En el discurso político y en las iniciativas de distintas leyes y normas jurídicas se habla sobre el valor que tiene la vida para el Estado mexicano. En virtud de ello encontramos distintos tipos penales en donde se consagra el derecho a la vida y su respeto por cualquier persona que se sitúe en territorio nacional. En el Código Penal para el Distrito Federal encontramos los siguientes tipos penales a través de los cuales se protege el bien jurídico de mayor valor para los seres humanos.

“ARTÍCULO 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.”

ARTÍCULO 124. Se tendrá como mortal una lesión, cuando la muerte se deba a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, alguna de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión.

⁴² HURTADO OLIVER, Xavier.- Op. Cit. pp, 42 y 43.

⁴³ Ibíd. p, 43.

ARTÍCULO 125. Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, adoptante o adoptado, cónyuge, concubina o concubinario u otra relación de pareja permanente, con conocimiento de esa relación, se le impondrán prisión de diez a treinta años y pérdida de los derechos que tenga con respecto a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. Si faltare el conocimiento de la relación, se estará a la punibilidad prevista para el homicidio simple...”

ARTÍCULO 126. Cuando la madre prive de la vida a su hijo dentro de las veinticuatro horas siguientes a su nacimiento, se le impondrá de tres a diez años de prisión, el juez tomará en cuenta las circunstancias del embarazo, las condiciones personales de la madre y los móviles de su conducta.

Eutanasia.- ARTÍCULO 127. Al que prive de la vida a otro, por la petición expresa, libre, reiterada, seria e inequívoca de éste, siempre que medien razones humanitarias y la víctima padeciere una enfermedad incurable en fase terminal, se le impondrá prisión de dos a cinco años.”

“ARTÍCULO 128. A quien cometa homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión.”

“ARTÍCULO 129. Al que prive de la vida a otro en riña se le impondrá de cuatro a doce años de prisión, si se tratare del provocador y de tres a siete años, si se tratare del provocado.”

Ayuda o indicción al suicidio.- ARTÍCULO 142. Al que ayude a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de uno a cinco años, si el suicidio se consuma. Si el agente prestare el auxilio hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión.

Al que induzca a otro para que se prive de la vida, se le impondrá prisión de tres a ocho años, si el suicidio se consuma.

Si el suicidio no se consuma, por causas ajenas a la voluntad del que induce o ayuda, pero sí se causan lesiones, se impondrá las dos terceras partes de la pena anterior, sin que exceda de la pena que corresponda a las lesiones de que se trate.

Si no se causan éstas, la pena será de una cuarta parte de las señaladas en este artículo.”

Aborto.- “ARTÍCULO 144. Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo.”

“ARTÍCULO 145. Al que hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella.

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de cinco a ocho años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de ocho a diez años de prisión.”

“ARTÍCULO 147. Se impondrá de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.”

Quienes defienden la postura a través de la cual los científicos si pueden manipular el embrión humano con fines distintos a la procreación señalan que un embrión no puede ser susceptible de personalidad en tanto carezca de razón. Afirman que un ser humano no es una persona humana en tanto carezca de raciocinio.

Los científicos utilizan el siguiente silogismo para defender su postura: “el individuo es único e indivisible, y el embrión no lo es sino transcurridos catorce días de su existencia; antes de ese tiempo puede dividirse en dos o más células

que a su vez producirán otros tantos embriones. Por esta razón, antes de ese tiempo a partir de su concepción es llamado preembrión. Por lo que a su racionalidad se refiere, es la existencia del cerebro que la hace posible, y este órgano inicia su aparición varias semanas después de la concepción con la corteza cerebral, de donde puede concluirse que mientras esto no acontece no hay racionalidad posible.”⁴⁴

Ciertamente la postura del culto religioso y de los científicos difieren porque, mientras lo religioso concibe a la persona como algo indivisible, siendo el mismo desde el momento de la concepción hasta su muerte, los científicos dividen las etapas de la evolución de la persona para justificar su intervención en las primeras de ellas, diferenciando a la persona de las células unidas que la componen.

La realidad de algunos países desarrollados se ha aprobado la experimentación sobre embriones de menos de catorce días, tomando en cuenta la afirmación científica que antes del 14º día de la concepción el embrión no ha desarrollado el sistema nervioso central que lo capacitaría para percibir sensaciones. Quienes se oponen a esta práctica científica afirman que el embrión humano sin importar la etapa en que se encuentra de su desarrollo y que no sea implantado en el útero femenino para su desarrollo hasta el nacimiento le niegan el derecho a un ser humano a la vida. Con ello dicen se priva a un inocente del derecho fundamental del ser humano sin que pueda opinar al respecto.

Los que niegan al embrión la condición de ser humano consideran que no se le puede concebir como persona, ni como potencial persona, cuando al grupo de células no se les inserta en el medio adecuado para su desarrollo; de donde se concluye que mientras esta condición no se cumpla no son más que un grupo de células, sobre las que es válida la experimentación.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 45.

D) El Derecho a la no discriminación.

Los seres humanos somos todos diferentes, no solo desde el punto de vista físico, sino también desde la perspectiva psicológica. No todo lo que es igual por fuera es igual por dentro. Aspectos políticos, económicos, sociales, culturales, raciales, sexuales, de edad, entre otros nos distinguen de otras personas; ello nos da una singularidad frente a los demás miembros de la comunidad.

En un Estado de Derecho las oportunidades de sobresalir y llevar una vida digna deben estar al alcance de todos, sin importar su condición social, credo religioso, militancia política, género, preferencia sexual, etc. Ningún aspecto que nos distinga de otros seres puede o debe ser tomado en cuenta para discriminar, quien lo hace atenta contra la misma naturaleza del ser humano, el derecho a ser distinto a quienes le rodean.

Nuestro sistema jurídico, en distintas leyes contempla el derecho a la no discriminación desde la perspectiva del contenido de la regulación de que se trate. El derecho a la no discriminación tiene su principal fundamento constitucional en el artículo 1º, en cuya parte conducente 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. (...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Algunos otros artículos constitucionales pretenden evitar que dentro del territorio nacional la discriminación sea una práctica usual entre los seres humanos, que pudiera tener como base cualquier pretexto inválido que atente contra la dignidad de la persona. El artículo 2º en su parte conducente refiere:

“...B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos...”

El artículo 2º constitucional tiene como base ideológica, la protección de las comunidades étnicas que tienen lugar en nuestro país. Su diferencia racial, cultural, educativa, costumbrista, no son motivo para que se les excluya del goce de las garantías que prevé la Constitución Política. Lamentablemente, solo un movimiento armado y una inconformidad pública, no solo en el país, sino que se hizo sentir en otros países del mundo abrió la oportunidad para que las autoridades gubernamentales voltaran sus ojos hacia ese otro México, en el que las tradiciones milenarias y las costumbres de los pueblos indígenas son a prioridad, que carece de los enlaces suficientes para mejorar la calidad de vida de las personas que pertenecen orgullosamente a esas comunidades indígenas.

Toda vez que la protección de la Constitución y el disfrute de las garantías constitucionales corresponde a todo individuo que se constituya en nuestro territorio, el derecho a la educación, a la salud, a la procreación, a la familia, al desarrollo sustentable, al ejercicio del comercio o de una profesión, el derecho a emitir opinión y publicar nuestras propias creencias, a creer y profesar la religión que más nos acomode, a la administración de justicia, la libertad de asociación y de reunión pacíficas, libertad de tránsito, etc. Cualquier acto que impida a la persona el libre

ejercicio de estos derechos de manera injustificada constituye una práctica discriminatoria.

El sistema jurídico mexicano cuenta con una ley ex profeso para lograr la igualdad en el trato y el acceso a las oportunidades de todos los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos, esta ley se llama “Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”. En su artículo 1º se ha dispuesto que tenga por objeto prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Para los efectos de la ley que se comenta, se entenderá por discriminación “toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.”

Por supuesto no se pueden considerar como prácticas discriminatorias aquellas distinciones que se hagan de la persona para que por su cualidad especial tenga la oportunidad de ejercitar algún derecho o cumplir con ciertas obligaciones. Como por ejemplo, la calidad de ciudadano mexicano para el ejercicio del voto activo y pasivo, el cumplimiento de ciertos requisitos profesionales o de habilidades para ocupar un puesto de trabajo, ya sea en la iniciativa privado o en la administración pública; la declaración judicial de incapacitado para que la persona puede ser representado en su derecho a través de un representante legal dada su incapacidad de entendimiento, etc.

El mismo ordenamiento concibe como prácticas discriminatorias:

- Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;
- Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;
- Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;
- Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;
- Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;
- Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;
- Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;
- Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;
- Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;
- Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;
- Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de intérpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

- Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;
- Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;
- Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta Ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;
- Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que éstas no atenten contra el orden público;
- Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;
- Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;
- Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;
- Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;
- Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;
- Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;
- Explotar o dar un trato abusivo o degradante;
- Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;
- Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

- Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;
- Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;
- Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual.

Las conductas previstas en el artículo 9º de la ley se deben entender de forma enunciativa más no limitativa, toda vez que en la práctica se pueden presentar otros tipos de conductas que por su contenido se pueden considerar discriminatorias.

E) El Derecho a la educación.

Fundamento constitucional en nuestro Derecho Mexicano.

“ARTÍCULO 3” Todo individuo tiene derecho a recibir educación. La Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I.- Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

II.- El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios. Además:

Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

Una de las principales obligaciones a cargo del Estado, de los padres y de la sociedad en su conjunto es educar a todos los niños, jóvenes y adultos del país. En la medida en que la población se eduque se irán logrando los objetivos que se trazan para el mejoramiento de la calidad de vida de todos los habitantes.

El Estado se debe preocupar por la creación de la infraestructura necesaria que permita que las personas adquieran los conocimientos suficientes para que en la vida adulta desarrollen un oficio o profesión que a su vez sea el mecanismo a través del cual sean útiles a la sociedad y por ello adquieran los insumos necesarios para satisfacer sus propias necesidades y las de su familia.

Por tratarse de una función principal que requiere de la participación de los particulares, estos podrán coadyuvar con el Estado en la prestación del servicio público, por virtud de la autorización que al efecto el Estado expida para la apertura y funcionamiento de centros escolares de todos los niveles; es decir, desde preescolar hasta el posgrado.

La familia es pieza clave en materia de educación de sus miembros. Los padres están obligados de acuerdo a la legislación familiar a proporcionar a sus hijos lo necesario para su educación, de acuerdo a sus posibilidades económicas, pero

siempre fomentando en los hijos el amor por la lectura, la cultura y el servicio a la comunidad.

La educación de los habitantes del país requiere del esfuerzo coordinado de varios sectores, a saber: el Estado en sus tres niveles de gobierno; de los particulares con deseos de invertir en el negocio de la educación y de las familias. La desorganización o la falta de uno de los elementos tridentinos impiden que la educación sea una realidad para un buen sector de mexicanos. Mientras las comunidades alejadas del país, carezcan de escuelas y maestros; los miembros de estas entidades, vivan en extrema pobreza y no haya la iniciativa de los particulares para mejorar la situación de miseria y marginación en que viven, la educación seguirá siendo un anhelo, una promesa de campaña y solo vivirá en el discurso de los políticos a manera de retórica sin que ello implique un compromiso serio para educar a un sector importante de la población mexicana.

Estoy convencida de que la educación es un medio eficaz para abatir el índice delictivo del país, de mejora en la calidad de vida de la población, constituye el motor principal de la economía del país por lo que debe extenderse a todos los sectores de la población.

Es bien importante que se cambie la idea de que la educación es aquella que solo se adquiere en las escuelas. La lectura de los libros que se pueden adquirir en las librerías y en las bibliotecas públicas nos permite conocer países, costumbres, cultura, idiomas, religiones, y otros aspectos que nutren el alma.

F) La protección de la salud.

Fundamento constitucional.- El artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su parte conducente a la letra dispone:

“Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.”

A su vez la fracción XVI del artículo 73 del mismo magno ordenamiento, textualmente expresa:

“El Congreso tiene facultad: (...)

XVI.- Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República...”

Un pilar en el acercamiento de los servicios de salud a buena parte de la población mexicana es la que se brinda a través de las instituciones de seguridad social; lamentablemente la situación financiera de tales instituciones es tan mala que los servicios que se prestan en sus clínicas y hospitales son muy deficientes. Carecen entre otras cosas: de personal suficiente, capaz, amable y respetuoso, de infraestructura, de camas y aparatos, de medicinas, etc.

Son tan deficientes los servicios de salud que brinda el Estado que durante las últimas décadas, los servicios prestados por los particulares han crecido en número y en calidad, motivo por el cual, los sectores de la población que tienen para pagarlos prefieren los servicios de salud privados que los que el Estado puede brindar a su población.

Las compañías aseguradoras han incrementado notablemente el número de asegurados para el acceso a los servicios de salud de carácter privado. Al mismo tiempo, las instituciones de salud a cargo del Estado han venido atendiendo las necesidades de la gente que carece de medios para acceder a los servicios privados. Principalmente, los trabajadores y sus familias son las víctimas de los servicios de salud tan deficientes con que cuenta el Estado hoy en día.

El sector salud es uno en los cuales se proyecta de mejor manera la desigualdad económica y educativa que priva entre la población de nuestro país. Un jefe de familia con ingresos muy limitados solo puede proporcionar a sus miembros, aquellos servicios que el Estado le ofrece. Por el contrario, el padre que tiene mayores ingresos evitará en la medida de lo posible que los miembros de la familia que él encabeza lleguen a pisar las clínicas y hospitales estatales.

Aunque el Estado promueve en los medios de comunicación masiva la implementación de programas que acercan los servicios de salud a más mexicanos; no se trata de proyectos autofinanciables, por lo que la deficiencia en su prestación seguirá siendo una constante.

La salud es un problema que debe ser atendido por el Estado y la sociedad en su conjunto. Los padres de familia deben preocuparse por la salud de todos los miembros de la familia y hacer todo lo que esté a su alcance para que siempre gocen de ella. El Estado debe incrementar la infraestructura y mantenerla eficiente y al alcance de todos los mexicanos, de lo contrario seguirá siendo uno de los problemas que más aquejan a la sociedad.

La Bioética encuentra en el derecho de la protección de la salud uno de los campos de acción más extensos y preocupantes. Dentro de la realidad antes narrada, la bioética se ha preocupado por una serie de temas que tienen que ver con la protección de la salud y la calidad de vida de la población, entre los que se destacan:

- La expansión de la investigación biomédica y la necesidad de crear reglas que le rijan;
- El desarrollo acelerado de métodos terapéuticos que en ocasiones, no toman en cuenta la calidad de vida del paciente;
- El deterioro de la imagen del médico, ante su falta de humanismo y de ética, sobre todo ligado al deterioro de las instituciones de salud a cargo del gobierno;

- La aparición de nuevas enfermedades, como el VIH y el incremento del número de personas que padecen otras enfermedades ligadas a las grandes ciudades, tales como el cáncer, la diabetes, esterilidad de la persona etc.
- El incremento de los recursos de que disponga el Estado para cubrir los requerimientos de salud de toda la población.⁴⁵

Asimismo, dentro de los servicios de salud pública deben comprenderse las siguientes materias:

- Planificación familiar;
- Educación;
- Orientación y mejoramiento de la nutrición;
- Prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre;
- Salud ocupacional;
- Prevención y control de enfermedades transmisibles y no transmisibles, como en el caso de accidentes;
- Programas contra alcoholismo, tabaquismo y fármaco dependencia;
- Control sanitario de productos;
- Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos, y sus componentes, células y cadáveres de seres humanos;
- Sanidad internacional;
- Información de las condiciones, recursos y servicios de salud disponibles en el país;
- Disponibilidad de insumos esenciales y estratégicos para la salud.⁴⁶

⁴⁵ Cfr.- **CANO VALLE**, Fernando, “Bioética; temas humanísticos y jurídicos”, UNAM, México, 2005. pp, 67 y 68.

⁴⁶ Cfr.- **BRENA SESNA**, Ingrid, (coordinadora) “Salud y derecho. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados”, UNAM, México, 2005. p, 174.

Dentro de un marco bastante confuso y complicado en materia de salud, se conocen de prácticas médicas, en que se liga a las pacientes al momento de dar a luz, a fin de evitar que puedan tener más hijos. Si bien es cierto, esta práctica se da en pacientes con escasos recursos económicos y de familia numerosa, el médico no es quien debe tomar una decisión de ésta índole sin el pleno consentimiento de sus pacientes. Por el contrario, aquel sector de la población que tiene posibilidad de pagar los servicios privados de médicos especialistas y no pretenden tener descendencia por la vía natural, pueden optar por el uso de la tecnología, ya sea para mejorarla especie o por el puro gusto de gestar un ser vivo con tecnología de punta. Los médicos en estos casos deben valorar las causas y los factores que inciden en la persona para tomar una decisión de esta naturaleza, pues para mi gusto no es ético que una mujer soltera pretenda tener un hijo sin padre, aunque tenga los medios económicos para ello. La educación, la salud y el buen desarrollo de una persona no solo se logran con el dinero, sino que también deben tomarse otros factores morales y extramatrimoniales fundamentales para la buena crianza de los hijos.

2.3. El Derecho a la información y el conocimiento del origen de la persona.

Tal y como lo expone Juan José Ríos Estavillo, “la información estudia la exteriorización del pensamiento humano, es el conjunto de datos que hace posible dar forma y contenido de todo el medio ambiente que le rodea y que permita por algún medio (signos, señales, lenguaje) ser asimilado ante otro ser de su misma especie y provocar efectos en él, con el ánimo de crear, instruir, ordenar, culturizar y educar, entre otros aspectos.”⁴⁷

⁴⁷ **RIOS ESTAVILLO**, Juan José, “Derecho a la información y derechos humanos”, Porrúa y UNAM, México; 2003. p, 187.

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre en sus artículos 10 y 11 desarrolla un derecho a la información, ciertamente complejo que comprende:

- El derecho a no ser molestado con motivo de la manifestación de las ideas;
- **El derecho a investigar la información;**
- El Derecho a investigar las opiniones;
- Derecho a recibir informaciones, públicas y privadas;
- Derecho a recibir opiniones;
- Derecho a difundir la información recabada;
- El derecho a difundir opiniones.⁴⁸

El Derecho de toda persona a conocer datos está garantizado por el Estado; sin embargo el Derecho a la información y el Derecho a la comunicación tienen límites con la finalidad de no atropellar derechos de otras personas, como lo son el derecho al honor, a la intimidad o privacidad y el derecho a la propia imagen.

Ernesto Villanueva, uno de los exponentes más importante del Derecho a la información y a la comunicación en nuestro país, distingue entre la libertad de expresión y de imprenta del libertinaje, entendido éste como aquella libertad que se ejerce sin control, y sin miramiento al posible daño que puede provocar en un momento determinado; es decir, cuando no existe responsabilidad de quienes la ejercen, así como lo hizo Blackstone⁴⁹ en su momento, aunque desde aquel entonces no se ha podido definir claramente los límites de ambas libertades.

⁴⁸ Cfr.- **FIORAVANTI**, Mauricio, “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones”, 3ª edición. Editorial Trotta. España; 2000. p. 140. “Nadie debe ser inquietado en sus opiniones, incluidas las religiosas, siempre que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley.” “La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; así, todo ciudadano puede hablar, escribir, imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad en los casos determinado por la ley.”

⁴⁹ Cfr.- **O'BRIEN**, David M. “El derecho público a la información. La Suprema Corte de los Estados Unidos y la primera enmienda constitucional”, Traducido por el licenciado Agustín Bárcena. México; 1983, pp. 79 a 81.

Hay quienes han volteado hacia factores meta jurídicos, como la ética para limitar claramente el espacio que corresponde al derecho de la información y a la libertad de expresión sin que se vulneren otros derechos fundamentales, que aunque de menor jerarquía coexisten en el sistema jurídico.

Por supuesto que la ética no puede suplantar al derecho, pero éste último siempre está cargado de moral y de ética; son elementos que siempre van agarrados de la mano. Eso sí, la ética y la moral son conceptos dinámicos que no tienen validez universal en cuanto a su contenido, por lo que siempre es deseable que se revise lo que en un momento y lugar determinados es ético y es moral, para que al mismo tiempo, el derecho, lo repute como lícito.

Gracias a los avances tecnológicos es posible almacenar una gran cantidad de datos en muy poco espacio; muchos de los datos que las compañías y los entes estatales recaban tienen que ver con la intimidad de las personas; tales como su domicilio, estado civil, actividad financiera, su situación como contribuyente, su situación legal frente a las autoridades penales, teléfono, correo electrónico escolaridad, incluso, su origen genético.

Con la finalidad de proteger la privacidad de las personas, ya se ha concebido en algunos países del mundo la institución de la Habeas data, que se diferencia del amparo genérico, en que es concebido para la protección de las personas por la manipulación de datos sensibles y resolver problemas vinculados a la circulación masiva y veloz de datos, lo que explica de cierta manera, que se le haya denominado también “amparo informático”.

En el año de 1994, la Constitución Argentina dispuso una novedad legislativa, el habeas data, con el firme propósito de brindar una protección a las personas ante la proliferación y masificación de las bases de datos. Se trata de un mecanismo jurídico de control de los contenidos informáticos.

El habeas data es una especie de amparo que se rige bajo una serie de valores y principios, mismos que resume Ríos Estavillo, de acuerdo a la jurisprudencia colombiana:

- a) La prevalecía de la categoría del ser sobre el haber, con las consecuencias que ello implique;
- b) La prevalecía del derecho a la intimidad sobre el derecho a la información como exigencia de la dignidad humana;
- c) La persona es la única legitimada para autorizar que se difunda información sobre su vida privada;
- d) La dignidad humana es el principio supremo de la Constitución;
- e) Los procesos tecnológicos no pueden comprometer las libertades humanas;
- f) Los bancos de datos adquieren particular relevancia sobre todo si con ellos, se vulneran derechos como el de la intimidad, la personalidad, la honra y el buen nombre;
- g) La actualización de los bancos de datos como requisito fundamental a fin de evitar que su omisión afecte negativamente a sus titulares.
- h) El dato económico personal no puede circular sin que previamente se garantice a sus titulares los derechos reconocidos por la Constitución.
- i) La dignidad humana está por encima e la probidad comercial;
- j) La veracidad no puede derrumbar sin motivo alguno el derecho a la intimidad;
- k) En razón de su dignidad humana, el deudor moroso puede esperar que en el manejo de sus antecedentes se le de, cuando menos, el mismo tratamiento que el infractor penal;
- l) La protección del crédito no puede lograrse pasando por encima del derecho a la libertad personal, sobre todo, cuando el deudor no tiene antecedentes penales.⁵⁰

⁵⁰ Cfr.- **RÍOS ESTAVILLO**, Juan José, “Derecho e informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática”, UNAM, México; 1997. pp, 85 y 86.

Hay que reconocer que los sujetos que intervienen en el proceso de incorporación y distribución de datos en los archivos y registros amparan su actividad en diversas garantías constitucionales, tales como: la libertad de comercio, el derecho de propiedad, la libertad de trabajo, la inviolabilidad de documentos privados y en el otro extremo se encuentran derechos personalísimos, como la intimidad, el honor y la imagen de las personas. Los afectados pueden reclamar la modificación, y la actualización de los datos que se manejan en el banco de datos, así como su retiro inmediato, toda vez que la información contenida es falsa o desactualizada que vulnera los derechos y la integridad de una determinada persona.

Este Derecho parte de la sinonimia entre vida privada e intimidad, de donde deriva el Derecho a manejar la información sobre nuestra persona, incluyendo el derecho a limitar el acceso a dicha información. El Derecho a la vida privada implica confidencialidad, el derecho a la soledad y a reservar el anonimato.⁵¹

Es por ello que a nosotros nos interesa el estudio no solo del Derecho de la información, sino también el derecho a la información. Ambos difieren, porque en el primer caso estamos ante la presencia de un derecho que posee todo individuo para difundir información, mientras que en el segundo caso es el derecho de la persona a investigar y recabar toda la información que sea posible.

En la opinión de Luis Meján, se trata de dos facetas del mismo Derecho indivisible, lo concibe como un todo, ya que información es la que se recaba y se publica, como la que se recibe. Este Derecho como cualquier otro tiene límites, pues solo se extiende hasta en tanto no interfiera con otro derecho.⁵²

El Derecho a la intimidad ha sufrido transformaciones, en el caso de México, desde su concepción originaria hasta nuestros días, precisamente porque el Constituyente no pudo prever el desarrollo tecnológico que vivimos actualmente, su tendencia, y

⁵¹ Cfr.- **PABLO VIBES**, Federico.- Revista La Ley, año LXIV, No. 137, Argentina, miércoles 19 de julio de 2000. p. 4.

⁵² Cfr.- **MEJÁN**, Luis Manuel, "El derecho a la intimidad y a la informática", Porrúa, México; 1994. p. 63.

mucho menos los efectos de los mecanismos que se utilizan para el procesamiento de la información.

Para Novoa Monreal, el derecho a la intimidad o vida privada “está constituida por aquellos fenómenos, comportamientos, datos y situaciones de una persona que normalmente están sustraídos al conocimiento de extraños y cuyo conocimiento por estos puede turbarla moralmente por afectar su pudor o su recato a menos que esa misma persona asienta ese conocimiento.”⁵³

En este orden de ideas, se debe concluir que los datos de carácter personal pertenecen exclusivamente a la persona que correspondan, por lo que en caso de ser recopilados tiene derecho a saber el motivo por el cual se hace, y saber el mecanismo expedito para corregirlos y actualizarlos. Si una persona ha donado sus gametos para la reproducción de embriones tiene el derecho a mantener tal información en absoluto secreto, tal y como se hace con la confidencialidad de los datos de los padres biológicos de una persona dada en adopción, conforme a lo dispuesto en el artículo 410-C del Código Civil para el Distrito Federal.

“El Registro Civil se abstendrá de proporcionar información sobre los antecedentes de la familia de origen del adoptado, excepto en los casos siguientes y contando con autorización judicial:

- I. Para efectos de impedimento para contraer matrimonio, y
- II. Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares, siempre y cuando sea mayor de edad, si fuere menor de edad se requerirá el consentimiento de los adoptantes.”

⁵³ **NOVOA MONREAL**, Eduardo, “Derecho a la vida privada y libertad de información”, Editorial Siglo XXI, México; 1979. P., 49.

CAPÍTULO TERCERO. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO Y LA FAMILIA.

3.1. Concepto de Filosofía del Derecho.

Por Filosofía Mouchet entiende: “El conocimiento científico que mediante la luz natural de la razón considerada las primaras causas o las razones más elevadas de todas las cosas.”

Para Jaques Maritáin “La Filosofía, en efecto, investiga por medio de la razón los principios universales de todas las cosas, las causas primeras, más allá de las cuales no puede remontarse la inteligencia humana. Las causas segundas, o las razones más próximas de los actos y de las cosas, constituyen, en cambio, el objeto propio (objeto formal) de las diferentes ciencias, las cuales están sometidas a la filosofía en el sentido de que esta las juzga, las orienta y defiende sus principios. La filosofía es, por tanto, la ciencia rectora por excelencia.”⁵⁴

El autor guatemalteco Leonel López Mayorga concibe la relación entre la Filosofía y el Derecho, como la relación que hay entre una ciencia especial de una que se dedica a aspectos específicos del quehacer humano y aquella a través de la cual orienta su sentido, su pensamiento, su base teórica. De manera concreta el jurista escribe:

“La Filosofía contiene las leyes más generales del desarrollo de la naturaleza, la sociedad y el mismo pensamiento. La ciencia del derecho se ocupa únicamente, en efecto, del derecho positivo, es decir, de las normas jurídicas que han estado o están en vigencia en los diferentes países, para extraer de ese estudio nociones generales que le permitan elaborar teorías, conceptos y

⁵⁴ Autores citados por **LÓPEZ MAYORGA**, Leonel Armando, “Introducción ale estudio del derecho”, Editorial Lovi, Guatemala, 2000. p. 124.

construcciones jurídicas. Pero nunca, más allá del derecho positivo regulando la conducta en sociedad. La Filosofía, en cambio, distingue de aquella en que puede valorar los sistemas, determinar el fundamento de su obligatoriedad y exponer los ideales y los fines que debe tener en cuenta.”⁵⁵

En ese orden de ideas, se debe concluir que la Filosofía es mucho más profunda que el derecho, entendido este como ciencia jurídica y como sistema normativo, al mismo tiempo. Por ello, a la Filosofía le interesa entender las causas y efectos del derecho, mientras que al derecho solo le interesa el sistema normativo, sus conceptos y sus teorías.

Para diferenciar el campo de estudio de la Filosofía y de la ciencia jurídica, Eduardo García Maynez comienza por diferenciar el campo del de cualquier ciencia. Afirma que mientras las ciencias son ensayos de explicación parcial de lo existente, la filosofía pretende brindar una explicación exhaustiva y profunda del mundo, del hombre y de la actividad humana. La ciencias buscan verdades aisladas, en relación a ciertos aspectos especiales de lo real, mientras que la Filosofía busca la verdad completa, el conocimiento último y definitivo; la síntesis de todas las verdades.

Una segunda diferencia que el tratadista haya entre la Ciencia y la Filosofía es que la primera investiga exclusivamente lo que es, mientras que la Filosofía busca además, lo que debe ser.

Otra diferencia esencial es que las disciplinas científicas nunca son axiológicas, siendo tan solo explicativas y demostrativas, a través de ellas no se hacen juicios de valor. Y finalmente, las ciencias se limitan a estudiar fenómeno y relaciones sin buscar la esencia de lo real ⁵⁶

⁵⁵ *Ibíd.* p, 124.

⁵⁶ Cfr.- **GARCÍA MAYNEZ**, Eduardo.- *Op. Cit* pp, 115 a 117.

Acto seguido el mismo autor estudia las ramas de la filosofía, basándose en las cuatro cuestiones filosóficas fundamentales de *Höfding*, a saber:

1. El problema del conocimiento, que se estudia por la lógica y la ciencia del conocimiento (epistemología);
2. El problema de la existencia (cosmológico);
3. El problema de la estimación de los valores, a la que se consagra el estudio de la ética, la estética y la filosofía de la religión;
4. El problema de la conciencia, siendo el objeto de estudio de la psicología.⁵⁷

Basándose en la anterior clasificación, el maestro Antonio Caso divide los problemas filosóficos en tres grandes grupos, a saber:

Problemas de la ciencia.- Método privativo de la filosofía general; metodología y teoría del conocimiento.

Problemas de la existencia.- Teoría de la libertad; teoría de las relaciones del espíritu y del cuerpo; teoría del *substratum* espiritual, siendo la psicología racional la encargada de su estudio. Además se contempla la cosmología, encargada de la explicación sistemática del ser y el devenir.

Problemas del valor de la existencia.- Teoría de la religión (filosofía de la religión); teoría del arte (estética) y teoría de la conducta (ética)⁵⁸

En la opinión de García Maynez, se debe incluir en el último grupo de materias a la Filosofía del Derecho o Filosofía jurídica. El mismo clasifica las disciplinas axiológicas de la siguiente manera:

⁵⁷ *Ibíd.* pp, 117 y 118.

⁵⁸ *Ibíd.* p, 118.

1. Ética o teoría de lo bueno;
2. Estética o filosofía de la belleza;
3. Filosofía de la religión o doctrina de lo santo; y
4. Filosofía del derecho, sobre la esencia y valores propios de lo jurídico.

Afirma que dos son los principales temas de la filosofía del derecho: el primero es la determinación del concepto de derecho, mientras que el segundo es en relación a los valores que el orden jurídico debe realizar. El estudio de la noción de lo jurídico es el campo de actividad de la teoría del derecho; el estudio de los valores en el derecho es el campo en que se mueve la axiología jurídica.⁵⁹

Para el análisis del tema que hoy nos ocupa no solo es necesario conocer el marco normativo, sino principalmente el marco valorativo, que a su vez nos permita entender el fenómeno de los métodos de reproducción asistida, el papel de la medicina en este campo, el papel del derecho; pero sobre todo como se debe ver la generación de niños sin padre desde el punto de vista de la ética, de la moral y de la axiología.

3.2. El concepto de Derecho desde distintos puntos de vista.

La tarea definitoria del derecho es sumamente compleja, pues aquellos que han dedicado parte de su vida a conocerlo, solo comprenden del mismo un aspecto parcial; el hombre es por naturaleza limitado en capacidades físicas y psíquicas, por lo que todo su esfuerzo empeñado al conocimiento del derecho le ha sido insuficiente, por lo menos hasta el día de hoy.

Es importante que se separe el concepto de Derecho aceptado universalmente de aquellos elementos que le caracterizan en un tiempo y lugar determinado. El Derecho tiene una esencia, sin importar la lengua, el lugar y época en que se ubique.

⁵⁹ *Ibíd.* p, 119.

Asimismo, mucho afecta el enfoque que cada autor le dé para obtener su propia definición de derecho; no en vano se ha afirmado que Derecho es “conjunto de mandatos coactivos que proceden de quien posee el poder en la sociedad”, o “factor para la integración social”, o “reglas que garantizan la convivencia ordenada y pacífica entre los hombres.”

Es claro que el Derecho carece de un contenido unívoco, sobre el que se han dado una gran variedad de definiciones. Al mismo tiempo cabe decir que la palabra “derecho” es utilizada en sentidos totalmente distintos, tales como los que se manifiestan en las siguientes expresiones: “derecho civil”, “la persona tiene derechos”, “la ciencia del derecho”, “la carrera de derecho”, etc.

El jurista argentino Rafael Bielsa señala: “Todo examen del vocabulario jurídico que contribuya a la aclaración y a la depuración de los conceptos debe estimarse como útil en algún grado. Si hay una disciplina en la cual conviene emplear la palabra adecuada o propia, ella es la del derecho.”⁶⁰

Con el afán de evitar afirmaciones que no estén al alcance de mis posibilidades sustentar fehacientemente digo que el Derecho es uno, que tiene una esencia, independientemente de la comprensión que llegue a tener el sujeto del conocimiento. El ser humano interpreta su realidad en base a sus conocimientos y la percepción que el mismo tenga; pero siendo cada persona distinta de las demás, es probable, y así lo es que la comprensión que tenga de un determinado objeto sea distinto al que tengan otras personas. Esto nos lleva a concluir que las diferentes definiciones que del derecho han surgido son parcialmente ciertas. De acuerdo al enfoque desde el cual se define; pero dada la limitación del ser humano es sumamente complicado lograr una definición que a todos satisfaga, total y universal.

Son tantas las definiciones que se han dado sobre el Derecho que se les puede clasificar de la siguiente manera: ostensivas, reales o nominales y explicativas. Las

⁶⁰ **BIELSA**, Rafael, “Los conceptos jurídicos y su terminología”, Editorial Depalma. Argentina; 1987. p, 9.

definiciones ostensivas se basan en una serie de pruebas que se pueden mostrar (ostensiblemente) y a partir de ellas alcanzar una definición. Entre los objetos que se pueden mostrar para definir al derecho están: las Constituciones estatales y sus leyes, la jurisprudencia, una notaría, las oficinas públicas, las comandancias de policía, las aduanas, las instituciones electorales, etc todo objeto que se encuentre impregnado de derecho. Si bien es cierto, este método de definición tiene la ventaja de operar sobre objetos tangibles, no lo exenta de ciertos riesgos en el procedimiento, tales como:

- a. Las definiciones ostensivas, al basarse en una serie de ejemplos, no pueden extenderse más allá de los mismos para alcanzar sus definiciones. Con ello se condiciona la pretensión de generalidad del método definitorio.
- b. Del bagaje tan heterogéneo de ejemplos se debe aterrizar en algún punto que les sea común, que en el caso concreto es el derecho, sujeto a la arbitrariedad de quien pretenda lograr la definición.
- c. Las definiciones ostensivas son producto de un proceso reflexivo, sin importar que sea o no conciente.⁶¹

Las definiciones reales y nominales son aquellas que consisten en la elaboración teórica tendentes a establecer la comprensión, intención o connotación del derecho a partir de sus notas constitutivas. Por ejemplo, para Platón, las definiciones deben reflejar la esencia del objeto definido. Las concepciones realistas pretenden capturar la esencia de los objetos, con independencia de la percepción de cada individuo. Así mientras los realistas escudriñan hacia la esencia de los objetos, los nominalistas parten de un empirismo radical que postulan como única realidad de los objetos su existencia concreta e individual, e indican que las definiciones son meras etiquetas o nominaciones utilizadas para designar a las cosas. El error en que incurrir los realistas estriba en el hecho de que confunden los símbolos con los signos, al

⁶¹ Cfr.- **PÉREZ LUÑO**, Antonio Enrique, “Teoría del derecho”, 4ª edición, editorial tecnos, España; 2005. pp, 27 a 30.

sostener que las palabras y las definiciones de las cosas debían reflejar propiedades esenciales de las cosas.⁶²

G. L. Williams pretende definir el derecho a partir de la dirección analítico-lingüística. Para este autor el concepto de derecho surge de la respuesta al cuestionamiento sobre el uso de ese término en un determinado lenguaje, de lo que resulta inútil abundar en la naturaleza o esencia del derecho a partir de hechos empíricamente verificables. Solo la definición de un ordenamiento jurídico concreto puede ser cierta o falsa en relación a ciertos hechos observables.

Indagar el significado del derecho a partir de los usos lingüísticos del término, puede conducir a que se adopten distintas opciones definitorias, tales como:

Las definiciones estipulativas.- Se entiende por ellas a las convenciones que deben celebrarse para el uso futuro de los términos. La celebración de convenciones tiene como finalidad acabar con las controversias que se suscitan con motivo del empleo de los términos, para que artificiosamente se le otorgue un significado unívoco, y aceptado por todos.

Las definiciones lexicales.- Se refieren a aquellas nociones que tienden a dar cuenta de los múltiples significados que puede tener un mismo término.

Si bien es cierto, las definiciones estipulativas han sido benéficas en distintos casos para terminar con las controversias conceptuales, tienen como inconveniente su arbitrariedad. Las lexicales son poco prácticas cuando se trata de términos como el de “derecho”, que ha sido utilizado a lo largo de los años de formas muy distintas.⁶³

⁶² Ibíd. pp, 30 y 31.

⁶³ Ibíd. pp, 32 y 33.

Antonio Pérez Luño se inclina por las definiciones explicativas del derecho, por ser definiciones que se hallan en los puntos clave de una cultura, sobre los que se condensan los planteamientos y orientaciones fundamentales constitutivos de la misma. “La definición explicativa pretende como la lexical corresponder al uso; pero a diferencia de ésta no se esfuerza por recoger toda la variedad y transformaciones de uso; sino que se dirige a aferrar en los significados usuales, condensándolos y eventualmente reelaborándolos, el núcleo de mayor importancia y valor operativo, para llegar a un instrumento semántico preciso y eficiente, capaz de ofrecer, en la situación cultural en que será empleado, claridad y precisión.”⁶⁴

Las definiciones explicativas, a su vez se subdividen en: aquellas de sentido histórico y las de sentido crítico. Estas se hallan en medio de las estipulativas y las lexicales. La evolución de los métodos que se utilizan para definir los objetos, en este caso, el derecho, no es producto de la casualidad, sino de un progresivo acercamiento a la objetividad.

Como dice Pérez Luño, las definiciones son símbolos de las cosas, con cuyas esencias no guardan una congruencia y continuidad necesarias; pero ello no significa que esos símbolos sean casuales o arbitrarios. Toda definición es una representación simbólica de la realidad, distinta a la realidad misma,⁶⁵ así como es distinto el ser de la comprensión del ser.

Después de todo lo anterior debemos concluir que el derecho es algo, tal vez un ideal, probablemente es un objeto inmaterial o material, pero siempre ligado a la actividad del ser humano; sin embargo su comprensión por el jurista es tan limitada, como limitada es la capacidad humana. Así como una silla es, tiene una esencia, a pesar de la existencia o inexistencia de la persona que pretenda definirla y la

⁶⁴ *Ibíd.* pp, 34 y 35.

⁶⁵ *Ibíd.* p, 36.

reproducción de esa realidad mediante el uso del lenguaje; el derecho es, pese a que lo concibamos de muy distintas maneras.

3.3. La relación del Derecho y la moral.

El Derecho y la moral son realidades estrechamente relacionadas, tanto que el cambio sustancial de uno implica el cambio del otro. Por ser realidades distintas, así aceptado por la doctrina, se han generado criterios diferenciadores de ambas. Los criterios diferenciadores más usuales son: la ubicación del derecho en el fuero externo, mientras que la moral se ubica en el fuero interno de la conciencia; la intrínseca bilateralidad o alteridad de los jurídicos, que se opone a la unilateralidad o individualidad de la moral; y el carácter heterónomo del derecho, a diferencia de la irrenunciable condición autónoma de la moral. Estos criterios habrán de explicarse brevemente en los siguientes párrafos. Es bien importante que se diga que los criterios diferenciadores de la moral del derecho no son absolutos ni definitivos, ya que como se afirma desde ahora, el derecho y la moral sostienen relaciones muy estrechas y de difícil separación.

Fuero interno y fuero externo.- El fuero interno se advierte cuando nos remitimos al estudio de la culpabilidad, de la buena fe, del dolo, así como de las condiciones psíquicas del agente de la conducta. Cabe señalar que los juicios morales no se limitan a tomar únicamente en cuenta las razones internas de la conducta, sino que se extienden a su proyección externa, a sus consecuencias.

Unilateralidad y bilateralidad.- Tampoco se puede considerar como un criterio absoluto y definitivo, ya que como el anterior, el derecho y la moral se confunden en los mismos actos. Hay que partir de la hipótesis de que el hombre que vive en la soledad es una abstracción, tanto desde el punto de vista del derecho como del de la moral. La tesis de la individualidad de la moral se entronca con el individualismo ético y constituye una deformación ideológica de la naturaleza de la acción. De acuerdo

con este criterio existen deberes del hombre para consigo mismo (normas morales) pero tales normas solo se manifiestan solo en la conciencia del hombre que vive en sociedad. Hoy en día se dice que es absurdo concebir una moral reducida a su agente sin ningún tipo de proyección hacia el exterior.

Autonomía y heteronomía.- Es cierto que cada hombre puede tomar como fin en sí mismo, ningún hombre puede alcanzar plenamente sus fines de manera aislada. *Kant* sostiene que la autonomía de la voluntad constituye el rasgo supremo y distintivo de la moral. La moral es el factor que hace que el hombre actúe fuera de cualquier estímulo externo, cuando el hombre en lugar de obedecer su propia ley, actúan en función de factores ajenos a su propia determinación se dice que lo hace en función de su heteronomía. En tal virtud, la autonomía se liga al concepto de libre desarrollo de la personalidad. Como lo expresa la filósofa francesa Simone de Beauvoir, el valor moral de un acto no depende de su conformidad a un modelo externo, sino de su verdad interior. Consecuentemente, la propuesta kantiana nos conduce a reputar como falsas éticas a todas las formas históricas de moralidad positiva, en cuanto han sido integradas a normas heterónomas.

Nadie puede crear un sistema ético completamente autónomo, toda vez que el hombre en cuanto a ser histórico y social aprende a comportarse moralmente en el desarrollo de su vida práctica, a través de la cuales adquiere experiencia, misma que se consigue solo mediante relaciones ínter subjetivas. Es por ello que la autonomía de la moral se debe reducir únicamente a que un sujeto reconozca una norma moral externa como válida para él.

El Derecho es heterónimo o autónomo en la medida en que se crea, se obedece, en que se conoce por quienes están obligados a su cumplimiento. La autonomía del derecho tiene lugar entre los diputados que a través del procedimiento constitucional lo producen y lo hacen obligatorio; el pacto social de *Rousseau* implica aceptar la

autonomía del hombre para darse su propio derecho. Por virtud de lo anterior, ni la moral es perfectamente autónoma, ni el derecho es en puridad, heterónimo.⁶⁶

Las relaciones del Derecho, la moral y la política pueden diferenciarse según la óptica desde la cual se les mire. Así pues, podemos encontrar quien sostiene la separación tajante de los tres elementos⁶⁷, la separación relativa, la integración absoluta, la integración relativa. Desde mi particular punto de vista se trata de una misma realidad percibida, aprendida y reflejada por cada uno de los autores que a esta realidad se refiere de manera subjetiva, limitada, que ponderan los aciertos de sus afirmaciones y esconden aquellos aspectos que se contradicen con sus propias teorías.

Hoy en día, incluso parece la moda intelectual, se realizan libros, ensayos y en cualquier oportunidad los modernos autores postulan la idea de colmar el derecho de moral; se trata de una nueva tendencia a desformalizar el derecho y a propiciar una síntesis de los principios del Derecho con los valores morales. Como resultado tenemos preceptos jurídicos que al interior están colmados de dignidad, libertad, autonomía, igualdad, seguridad, justicia. El rechazo a la tendencia moralizadora del derecho implica la desatención a una de las demandas más importantes de la sociedad.

Probablemente la tendencia moralizadora del derecho se deba a la falta de cumplimiento voluntario de las normas jurídicas, la evidente corrupción que se da en las sociedades, la proliferación de organizaciones delictivas, la deshumanización de las instituciones públicas, sobre todo de aquellas encargadas de la aplicación del Derecho.

⁶⁶ *Ibíd.* pp, 125 a 31.

⁶⁷ Hart sostiene la inexistencia de conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del derecho y la moral; por lo que disposiciones perversas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Una muestra de la separación tajante de la moral y el derecho es que puede haber derechos y obligaciones jurídicas que no tengan ninguna fuerza moral en lo absoluto. **HART**, H.L.A. "Post scriptum al concepto de derecho", Traducido por Rolando Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000. p, 49.0

3.4. La separación del Derecho y la moral según Kelsen.

Para Kelsen, “el derecho es un orden coactivo de conducta humana; esto es, un conjunto de normas que enlazan a determinadas circunstancias, en especial, a ciertas conductas humanas como condición, determinados actos coactivos como consecuencia.”⁶⁸

Kelsen se remite a la distinción kantiana del ser y el deber ser, situando al derecho en el extremo del deber ser. Señala que ese deber ser es de naturaleza lógica y formal normativa, por lo que no se trata de un deber ser ético. En su teoría pura del derecho, concibe al derecho en cuanto a su estructura normativa autosuficiente, autoreferente y coherente; por lo que invalida cualquier definición del derecho desde el punto de vista sociológico, filosófico, político, por ser ajenos a la ciencia del derecho. Sería tan absurdo como aproximarse a una definición de la arquitectura desde el punto de vista del médico o del jurista.

El mismo sostiene que la unidad, jerarquía, plenitud y coherencia del sistema de fuentes jurídicas no depende de ningún elemento fáctico, tales como las personas, las instituciones o contenidos normativos, sino en un criterio rigurosamente puro (formal).⁶⁹

Afirma que la norma jurídica es coactiva, siendo esta su principal característica a diferencia de la moral. A diferencia de la norma moral, la jurídica si tiene sanción, se hace cumplir aún en contra de la voluntad del obligado. Una norma jurídica prohíbe una determinada conducta humana, que al momento de materializarse es antijurídica y se sanciona inmediatamente por el derecho.

La moral no obliga, y por lo tanto no se trata de una conducta debida por los hombres; derecho y moral los ubica en distintos planos de la realidad. Al Estado

⁶⁸ **KELSEN**, Hans, **BULIGYN**, Eugenio y **WALTER**, Robert, “Validez eficacia del derecho”, Editorial Astrea, Argentina; 2005. pp, 49 y 50.

⁶⁹ Cfr.- **PÉREZ LUÑO**, Antonio...- Op. Cit. pp, 132 a 134.

concebido como derecho no le interesa el ejercicio de la moral, sino de lo jurídico, de lo que es debido, vigila que la conducta de los hombres sea la esperada de acuerdo a la norma jurídica.

La norma jurídica a diferencia de la moral debe ser válida y eficaz. Si por derecho se entiende un orden coactivo de normas y, por consiguiente, por una norma jurídica, es decir, por una de ese orden, se entiende una norma que establece que bajo ciertas condiciones, en especial, en el caso de una determinada conducta humana, debe ser realizado un acto coactivo como consecuencia, entonces la conducta humana efectiva puede estar en una doble relación con respecto a la norma. Esta conducta puede ser su acatamiento o su aplicación.⁷⁰

De acuerdo a la moral, está prohibido que una persona prive de la vida a un semejante. Pero desde el punto de vista del derecho, se puede privar de la vida a una persona bajo ciertas circunstancias especiales, como en el caso de la imposición de la pena de muerte a los homicidas. La moral reprueba la privación de la vida del humano bajo cualquier circunstancia, el derecho no.

3.5. La conjunción del Derecho y la moral visto desde el realismo jurídico.

En la opinión de Hessen, el realismo es “aquella posición epistemológica según la cual hay cosas independientes de la conciencia.”⁷¹ La relación entre los cognoscentes y el objeto conocido consiste en la reproducción mental que tiene el primero respecto del segundo, de tal suerte que el conocimiento humano es la reproducción mental que tiene de los objetos que aprende. Enrique *Cáceres Nieto* pone como ejemplo el reflejo de un espejo, pues consiste en la reproducción fiel de la realidad.⁷²

⁷⁰ Cfr. -KELSEN, Hans. - Op. Cit. p, 61.

⁷¹ HESSEN, J. “Teoría del conocimiento”, Editorial Espasa Calpe, traducido por José Gaos, España; 1981. p, 72

⁷² Cfr.- CÁCERES NIETO, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, UNAM, México; 2001. p, 4.

Giuseppe Granneris se inclina por el realismo tomista en lugar del subjetivismo y el normativismo, y al respecto señala: "... (El realismo) se limita a inculcarnos la necesidad de reconocer sinceramente los datos ineliminables del ordenamiento jurídico: datos escritos en las cosas y leídos por la razón. ¿Tememos humillarnos demasiado sometiéndonos a las cosas? Considérese, sin embargo, que éste es un yugo necesario, y no hay fuerza humana capaz de quebrarlo. Aún más; quien intenta sustraerse, cae por necesidad fatal en yugos peores; creados por el capricho e impuestos por la prepotencia humana, (...) ¡Las cosas son más bondadosas y razonables que el hombre! El derecho que brota de ellas no llega a divinizar la libertad caprichosa ni la servidumbre a la letra muerta (...) Este derecho realista se concreta en cambio en la justicia objetiva, contra la cual se estrellan los vastos artificiales de sujetos delirantes y de fórmulas abstractas."⁷³

Un elemento que identifica a los autores del realismo jurídico escandinavo, según Plazas Vega es su tendencia vinculativa del derecho a los hechos, superando la ideología dualista de los iusnaturalistas y los iuspositivistas. Este dualismo se caracteriza por la concurrencia de un derecho sin dimensión fáctica.⁷⁴

Alf Roos, también trata de romper con esa idea dualista del derecho; reconoce que, al menos, en Europa se ha tratado de interpretar al derecho como un sistema de normas obligatorias cuya validez deriva de ciertos principios a priori de justicia. Era imposible que se negara la absoluta dependencia que tiene el derecho con el mundo de los hechos.⁷⁵

⁷³ GRANERIS, Giuseppe, "Contribución tomista a la filosofía del derecho", Eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, Argentina; 1949. p, 27.

⁷⁴ Cfr.- PLAZAS VEGA, Mauricio, "Del realismo al iusnaturalismo jurídico", Temis, Colombia; 1998. p, 72.

⁷⁵ Cfr.- ROSS, Alf, "El concepto de validez y otros ensayos", Traducido por Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, ediciones Fontamara, México, 1993. pp, 10 a 12.

Los realistas norteamericanos tuvieron la inquietud de ver el derecho desde afuera y ya no desde adentro, porque el derecho forma parte de la sociedad y en ella cobra sentido. Para Plazas Vega, el estudio del realismo norteamericano constituye una verdadera apertura intelectual que enriquece la visión de quienes nos encontramos inmersos en el sistema jurídico romano germánico, toda vez que nos permite conocer otros criterios que trascienden el mundo puro de las normas, haciendo especial énfasis en los hechos. Se condiciona la validez del derecho a la efectiva consulta de la ley natural. Los autores realistas norteamericanos señalan que los dualistas conciben al derecho como un fenómeno susceptible de observación desde el mundo de los hechos y como una norma obligatoria en el de la moral o de los valores.; al mismo tiempo lo conciben como algo físico y metafísico, empírico y a priori, como real e ideal, como algo que existe y algo que vale, como un fenómeno y como una proposición.⁷⁶

La escuela histórica del derecho y el realismo jurídico comparten la idea de la irreductibilidad del derecho al contenido de las leyes. Los historicistas se negaron a admitir como derecho el conjunto de normas establecidas en el Código Napoleón, ley que históricamente fuera impuesta a la región en que se extendió el imperio napoleónico. Savigny se opuso rotundamente a calificar el criterio omnímodo y arbitrario de un legislador (francés) como si se tratase del mismo derecho. Apuntó que los usos y las costumbres constituyen las raíces del derecho; en su opinión, el derecho es consuetudinario. Afirma que la jurisprudencia viene después de los usos, las costumbres y las creencias de un pueblo; por lo que el derecho no se crea por el libre arbitrio de un legislador. Sostiene que la codificación puede ser aconsejable en aras de la seguridad y certeza que entraña, pero no como el mecanismo generador del derecho, toda vez que ello conllevaría el divorcio entre la realidad y la norma establecida por el Estado.⁷⁷

⁷⁶ Cfr.- **ROSS**, Alf, “Hacia una ciencia realista del derecho”, Traducido por Julio Barboza, Abeledo Perrot, Argentina; 1961. p, 15.

⁷⁷ Cfr.- **VON SAVIGNY**, Carlos Federico, “De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho”, Traducido or Adolfo G. Posada, editorial Heliasta, Argentina; 1977.

3.6. La diferencia entre Ley, Derecho y Justicia.

La diferencia la podemos deducir de la siguiente frase “la ley es la principal fuente del derecho; a través del derecho los seres humanos pretendemos que se haga justicia; de donde se concluye que si bien es cierto, los tres conceptos se entrelazan no pueden significar lo mismo”.

El vocablo “ley” proviene de la voz latina *lex*, que de conformidad a la opinión más generalizada deriva del vocablo *legere*, cuyo significado es, “que se lee”. Aunque hay quienes lo derivan de *ligare*, resaltando el carácter obligatorio de las leyes.

Este vocablo no es privativo del ámbito jurídico; por lo que en su sentido más amplio se debe entender por ley, a todo juicio que expresa relaciones generalizadas entre fenómenos. De ahí que se desprenda que su significación tenga cabida en las ciencias naturales, la lógica, matemáticas, así como las leyes jurídicas o normativas.

Por otro lado, se debe entender por ley normativa a todo juicio mediante el cual se impone cierta conducta como debida. Característico de éste tipo de normas es su posible incumplimiento, por parte de quienes deben acatarla. Otro rasgo que les distingue es que son únicamente reguladoras de la conducta humana. Las leyes normativas tienen como propósito fundamental provocar el comportamiento en ellas establecido como debido y no el de expresar relaciones con fines práctico-explicativos ni de correcto razonar. Dentro de la categoría de leyes normativas se pueden encontrar: las leyes morales y las leyes jurídicas⁷⁸.

Para kelsen las leyes pueden ser naturales o éticas (jurídicas o morales), diferenciando ambos tipos de normas al señalar que las primeras tratan de probar una relación de causa y efecto; es decir, la causalidad es una de sus características. En virtud de ello, en las ciencias físico naturales, la verificación de un enunciado

⁷⁸ Cfr.- Voz “ley”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “Diccionario jurídico mexicano”, 9ª edición. Tomo I-O. Editorial Porrúa. México; 1996. P. 1963. “Nuevo diccionario jurídico mexicano”, Tomo I-O. Editorial Porrúa y UNAM. México; 2001. Pp. 2333 y 2334.

hipotético implicaba comprobar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho antecedente y el hecho consecuente. En cambio las leyes jurídicas, como prescripciones normativas, si bien, pueden relacionar lógicamente, en forma condicional, un antecedente y un consecuente, no lo hacen bajo la característica de causalidad.

De acuerdo al pensamiento Kelseniano, Roberto Vernengo (uno de sus intérpretes) concluye que no se pueden asimilar las leyes naturales a las leyes éticas (jurídicas o morales), ya que en las primeras la hipótesis cuya validez radica en la posibilidad de establecer funciones calculables que permiten prever el curso de los fenómenos, en las jurídicas, el grupo social o el legislador proponen una cierta relación que califican deónticamente⁷⁹.

Para Francisco Suárez la ley debe reunir tres condiciones extrínsecas; entre las cuales se hallan: generalidad; que tiendan al bien común y su imposición por el poder público. Además de que le son inherentes cuatro condiciones intrínsecas, a saber: justicia; posibilidad de cumplimiento (eficacia); adaptación con la naturaleza y costumbres del lugar y publicación que son criterios que corresponden a la disciplina que se denomina en la actualidad como política legislativa.

Actualmente la doctrina ha creado dos acepciones del concepto "ley jurídica", uno en su sentido formal y el otro en su sentido material⁸⁰. El primero de ellos atiende al órgano u órganos del Estado facultados para su creación, así como al procedimiento seguido para su producción. El sentido material se refiere a las características propias de la ley sin que para ello se deba tomar en cuenta al órgano de donde emana, ni el procedimiento utilizado para su génesis. De conformidad a estos dos criterios, la ley en su sentido formal es aquella que sin importar su contenido ha sido creada por el poder legislativo, ajustándose al procedimiento establecido para ello.

⁷⁹ Cfr.- **VERNENGO**, Roberto J. "Curso de teoría general del derecho", 2ª edición. Ediciones Depalma. Argentina; 1988. P. 134. La deontología trata sobre los derechos y las obligaciones.

⁸⁰ En éste mismo sentido véase el libro de **GUASTINI**, Riccardo, "Estudios de teoría constitucional", UNAM y ediciones Fontamara. México; 2001. Pp. 113 y siguientes.

Para *José María Coloma* la ley en su sentido formal se diferencia de otras normas que no gozan de los caracteres específicos de la misma⁸¹; en tanto que la ley en su sentido material es la norma jurídica general y abstracta, sin tomar en cuenta el órgano que la emite ni el procedimiento utilizado para su creación.

Las características de la ley en su sentido material, ya se dijo que son: generalidad y abstracción. Respecto a la generalidad debemos decir que se refiere a que el supuesto jurídico contenido en la norma no se determina individualmente al sujeto a quien se le imputarán las consecuencias jurídicas de la misma, y que por ello dichas consecuencias jurídicas serán imputables a cualquier persona que caiga en los supuestos normativos.

La abstracción se refiere a la indeterminación objetiva, lo cual significa que la ley regule por igual a todos los casos que impliquen la realización de su supuesto normativo, sin que se pueda excluir individualmente ciertos casos.⁸²

Para diferenciar el concepto de ley del derecho es indispensable que se digan algunas acepciones de éste último vocablo, que como ya hemos visto es multívico, y abarca tantas cosas que la percepción del ser humano de esta realidad siempre es parcial, por lo que difícilmente podemos apreciarla en toda su extensión.

El Derecho denota el conjunto de reglas o preceptos de conducta de observancia obligatoria que el estado impone a sus súbditos; se refiere también a la disciplina científica que tiene por objeto el conocimiento y la aplicación de esas reglas de conducta, ciencia a la cual los romanos llamaron *jurisprudencia*; también se entiende al conjunto de facultades que un individuo tiene y le permitan hacer o dejar de hacer algo frente a los demás o frente al propio Estado.⁸³

⁸¹ Cfr.- **COLOMA**, José María, “Léxico de política”, Editorial Laia. España; 1975. P. 104.

⁸² Cfr.- Voz “ley”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “Diccionario jurídico mexicano”, 9ª edición. Tomo I-O. Editorial Porrúa. México; 1996. P. 1964.

⁸³ Cfr.- **GALINDO GARFIAS**, Ignacio, “Derecho civil”, Porrúa, México, 2002. p, 21.

Pero además se dice que el Derecho es lo que es justo y equitativo; es decir, lo conciben de acuerdo a las cualidades que el ser humano pretende que éste tenga. Entonces “Si los jueces aplican el Derecho a través de la emisión de una sentencia, y el derecho es lo que es justo y equitativo, entonces las sentencias de los jueces son justa y equitativas.”

¿Cuántos casos conocemos de sentencias que se dictan injustamente, afectando el Derecho procesal o el Derecho sustantivo del gobernado? Si las sentencias siempre fueran justas, habría un alto índice de cumplimiento voluntario, lo cual no ocurre normalmente, al menos en el campo del derecho civil, familiar y penal.

El Derecho es una forma necesaria de vida en sociedad, así como el hombre solo se concibe viviendo con otros semejantes. El Derecho es producto social, al servicio de todos, el Derecho permite la convivencia pacífica de los hombres; es un instrumento. A esa realidad o instrumento del hombre no se le debe confundir con la norma de Derecho.

El Derecho es objetivo, subjetivo, nacional, internacional, escrito, consuetudinario, justo, equitativo, moral, ético, entre otras tantas cualidades que solo pueden describir quienes han visto otras caras de la misma realidad que nos invade, en la que estamos inmersos.

La justicia es una palabra, principio, valor que también ha sido objeto de estudio de los filósofos y pensadores más importantes del mundo, quienes por cierto, tampoco han podido lograr un concepto universal y unánimemente aceptado.

La palabra justicia deriva del latín *iustitia*, siendo considerada como “un cultismo general a todas las épocas.”⁸⁴

⁸⁴ **COROMINAS**, Joan. “Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana”, Vol.2. 3edición. Editorial Gredos. Madrid. 1976. P. 1079.

Celso la define como “dar a cada quien lo que le corresponde según el Derecho”.

El diccionario de la Real Academia Española define el término justicia de la siguiente manera: a) Virtud que inclina a dar a cada uno lo que le pertenece; b) Atributo de Dios por el cual arregla todas las cosas en número, peso o medida. Ordinariamente se entiende por la divina disposición con que castiga las culpas; c) Derecho, razón, equidad, d) Lo que debe hacerse según derecho o razón, e) La que regula igualdad o proporción entre las cosas cuando se dan o cambian unas por otras.

Castán Tobeñas señala, que “si bien el término es confuso y ambiguo, lo que ha llevado incluso a pensar en su no utilización, cabe hablar de las siguientes acepciones:

- **General.** Como armonía, proporción o congruencia.
- **Limitada.** Armonía referida a las conductas humanas.
- **Justicia Humana.** *Latu sensu* abarca tanto el campo moral como el jurídico; *strictu sensu* solamente el campo jurídico.
- **Objetiva.** La justicia como principio, valor o idea subjetiva, considerada como intuición o hábito personal.
- **Sentido Propio.** Cuando se hace referencia al contenido intrínseco del derecho, lo cual aclararemos al referirnos al valor justicia y a la norma jurídica. Sentido impropio, cuando se hacer referencia a la justicia legal.”⁸⁵

Luis Recaséns Siches habla de dos acepciones de la palabra justicia; “por una parte hace referencia al criterio ideal que debe inspirar al derecho, y por otra, a la virtud universal comprensiva de todas las demás, señalando que esta última acepción ha caído en desuso después de Aristóteles considerando que

⁸⁵ **CASTAN TOBEÑAS**, José. “La justicia y su contenido a la luz de las Concepciones Clásicas y Modernas”₂, Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1967. P. 10

hoy en día se refiere a algo mucho más restringido y limitado, conservando, desde luego, su papel primordial dentro de la estimativa jurídica.⁸⁶

La justicia tiene una existencia propia y objetiva, a pesar que, como en el caso del derecho, los seres humanos no la podamos ver, oír, ni sentir, pero sabemos que ahí está, tenemos fe en ella, la podemos percibir en los actos de los hombres, o podemos percibir su ausencia, aunque su definición y descripción sean una labor titánica, cuyo resultado nunca podrá ser unívoco. La justicia carece de corporeidad y sin embargo, sabemos que existe; todos aspiramos a ella, aunque no todos tenemos la posibilidad de conocerla. No obstante, y de forma paradójica, la justicia se puede manifestar en cualquiera de sus formas, ya sea en la familia, en la escuela, en el trabajo, en los tribunales, en la calle, en el deporte, en el nacimiento y en la muerte, entre muchas otras facetas.

La justicia, como ideal la describe Stammler como un objeto de imposible satisfacción, se trata de una aspiración de los hombres. Manifiesta que solo se podría dar la justicia cabal si todos los contratos, todas las instituciones, todas las ramas del derecho y todos los hombres fuesen a la perfección justos; de lo contrario, siempre será un ideal de difícil materialización.

La justicia no es un concepto, es simplemente una idea valorativa del propio Derecho, su directriz, su función teleológica. Para Stammler, la justicia es “la comunidad de hombres de voluntad libre y autónoma”. Pero no se habla de una comunidad en el sentido sociológico de la palabra, sino al estilo platónico, de una comunidad perfecta. Este autor se conforma con la mera aspiración a la justicia, aunque esta nunca se llegue a dar de manera perfecta en la realidad. La justicia se encuentra en el plano del deber ser y no del ser.⁸⁷

⁸⁶ **RECASENS SICHES**, Luis. La Justicia, Enciclopedia Jurídica. Tomo.XVII. Oriskill, S.A. Buenos Aires. 1978. P. 652.

⁸⁷ Cfr.- **TERÁN**, Juan Manuel, “Filosofía del derecho”, 16ª edición, Porrúa, México, 2002. pp, 327 y siguientes.

Otros conciben a la justicia como un valor, que se realiza en la sociedad a través de la conducta de los hombres. La definen como un criterio recto de la conducta humana, establecido por la recta razón. También se ve a la justicia como ciencia y como arte, como virtud. Se ha dicho que quien posee la justicia puede practicar su virtud no solo en sí, sino también en los otros. La justicia es eminentemente social. La justicia concierne al modo de servirse de las cosas existentes para el bienestar colectivo.

Para Agustín Basave, la justicia legal comprende todos los deberes que deban cumplirse de acuerdo a las exigencias del bien común, que obliga a las autoridades gubernamentales en el ámbito de sus respectivas competencias, como al ciudadano común y corriente, en su quehacer cotidiano. Pero siempre es la justicia la que sirve de criterio ético para dar al prójimo lo que se le debe, de acuerdo con las exigencias ontológicas de su naturaleza.

En un sentido muy general, la justicia sugiere permanentemente elementos de armonía, proporción o congruencia de nuestros propios actos.⁸⁸

El Derecho nos permite tomar ciertas decisiones de las cuales tienen que ir de la mano del Derecho, tratando de realizarlas de forma lícita, es por eso que en ocasiones las acciones son cuestionadas, como es el caso del tema del que tratamos, la acción de decidir el procrear un hijo sin padre. ¿Es un Derecho de la madre de decidir? ¿Será justo?, son preguntas que surgen dentro del análisis del tema las cuales tendrán una respuesta.

⁸⁸ Cfr.- **BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE**, Agustín, “Filosofía del derecho”, Porrúa, México, 2001. pp705 a707.

CAPÍTULO CUARTO. PROCREACIÓN IN-VITRO, UNA DISCUSION BIOÉTICA.

4.1. Qué es la de Bioética.

La Bioética surge de la preocupación de distintas personas, entre ellos científicos, por la desaparición y el confinamiento de diversos factores que permiten la vida en nuestro planeta. Rensselaer Potter acuñó el término para etiquetar a la ciencia de la supervivencia y puente hacia el futuro.

Este autor advierte en sus escritos “el peligro que corre todo el ecosistema por la ruptura de dos ámbitos esenciales, a saber: el saber científico y el humanístico. La falta de un enlace entre estos ámbitos es lo que da pauta a la creación de la Bioética como disciplina, toda vez que para que sea posible la vida humana en el planeta no solo es necesario el avance de la ciencia y la tecnología, sino también el reforzamiento de los valores humanísticos”⁸⁹. En tal virtud, la Bioética es la simbiosis, la mezcla del estudio de la ética y sus valores con la Biología.

La Bioética se inició con una serie de ideas, cuya composición la han ido transformando a lo largo de los años. Actualmente la Bioética contempla las bases éticas de la medicina que conciernen a las intervenciones sobre la vida y la salud del hombre. Con base en su contenido y en los elementos que cada uno de los estudiosos pondera, se van creando definiciones de la Bioética. A manera de ejemplo se cita la acuñada por W. T. Reich, para quien ésta consiste en el “Estudio sistemático de la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, analizadas a la luz de los valores y principios morales.”⁹⁰

⁸⁹ RENSSELAER POTTER, Van, "Bioethics", (Englewood Cliffs, N.J.: Prentic-Hall, 1971.

⁹⁰ Autor citado por **CANO VALLE**, Fernando.- Op. Cit. p, 5.

Son muchos los elementos contenidos en el estudio de la Bioética, tales como: las ciencias de la vida de la salud; la consideración del entorno ecológico, la medicina; las profesiones médicas, pero llegan hasta la población y sus condicionantes ambientales y demográficas. El contenido de la bioética, de forma concreta, puede ser variable; sin embargo, dentro de los aspectos más relevantes están todos los aspectos de la ética aplicada a lo biológico. Dentro de este amplio campo se incluyen:

- a) Los problemas éticos de todas las profesiones sanitarias;
- b) Las investigaciones sobre el comportamiento, independientemente de sus aplicaciones terapéuticas;
- c) Los problemas sociales relacionados con las políticas sanitarias, la medicina del trabajo, la sanidad internacional y las políticas de control demográfico;
- d) Los problemas de la vida animal y vegetal en relación a la vida del hombre.⁹¹

La Biología como ciencia que estudia la estructura, funciones y disfunciones de los seres vivos, que obedece a las leyes físicas, encuentra en la ética un marco regulador de la conducta de aquellas personas a quienes se encomienda el cuidado de la vida.

En la creación, análisis y difusión de la Bioética participan distintas clases de actores; se trata de un movimiento universal, aceptado en casi todos los países del mundo, en el que intervienen los profesionales de las ciencias de la vida, del Derecho, sociólogos, antropólogos, de la educación, los comunicadores y la población en general.

La práctica de la Bioética alcanza su mayor importancia en el respeto de la vida, la atención de la salud, la manipulación genética, la seguridad social, la educación médica y los diversos medios que se tienen para la difusión del conocimiento.

⁹¹ Ídem.

El hombre como ser eminentemente social transforma su entorno, con el avance de su propio conocimiento, con el avance de la ciencia y la tecnología; sin embargo, a través de la Bioética revisa minuciosamente esos avances desde el punto de vista de la moral, de la ética y desde la perspectiva humanista. Desde este punto de vista se hace crítica a las teorías, a las prácticas de los profesionales de las ciencias de la vida.

Fernando Cano Valle encuentra en los derechos humanos el enlace necesario entre el Derecho y la medicina (una de las ramas del conocimiento humano en que interviene la Bioética). La Bioética, en este sentido implica un complemento de los derechos humanos, ya que no puede ser suplantado de manera alguna. La falta a los principios básicos de la Bioética por parte del médico, se convierte en inaceptable, como lo sería el caso de la experimentación sobre seres humanos sin el previo consentimiento de ellos, es necesario que se otorgue de manera amplia la información, ajena de cualquier tipo de coacción o de elementos que confundan la información que se le proporciona.⁹²

⁹² El Código de Nuremberg, es un documento surgido del juicio entablado en contra de Kart Brandt y otros, por la comisión de crímenes de guerra, mismo que contiene diez postulados fundamentales, a saber:

1. El consentimiento voluntario del ser humano es esencial. Esto significa que la persona interesada debería ser legalmente capaz de consentir, debería estar en condiciones de ejercer un libre poder de elección sin la intervención de ningún tipo de fuerza, fraude, engaño, construcción, prepotencia o cualquier otra forma de constricción o coacción, y debería poseer suficiente conciencia y comprensión de los elementos de la cuestión como para ponerlo en condiciones de tomar una decisión iluminada por la comprensión y la plena conciencia. Este último elemento requiere que antes de aceptar una decisión afirmativa de parte del sujeto sobre quien se actúa el experimento se le debería hacer conocer la naturaleza, duración y finalidades del experimento; el método y los medios con los que se llevará a cabo; todos los inconvenientes y riesgos que puedan razonablemente esperarse, y sus efectos sobre su salud o sobre su persona que pueda derivar de su participación en el experimento. Es un deber y una responsabilidad personal; la delegación a otros no exime de responsabilidad.
2. El experimento debería ser capaz de producir resultados útiles para el bien de la sociedad, que no puedan ser alcanzados por otros métodos y medios de estudio, y no casuales e innecesarios por naturaleza.
3. El experimento debería ser planeado y fundado sobre los resultados de la experimentación en animales y sobre el conocimiento de la historia natural de la enfermedad u otro problema en estudio, a fin de que los resultados justifiquen que se lo efectúe.
4. El experimento debería ser llevado a cabo evitando cualquier sufrimiento o daño físico o moral.
5. Ningún experimento debería efectuarse cuando existan razones para creer que no puedan sobrevenir ni la muerte ni acontecimientos causantes de invalidez, exceptuados, quizá, los experimentos en los cuales los mismos experimentadores actúan como sujetos.
6. El grado de riesgo a asumir no debería sobrepasar el determinado por la importancia humanitaria del problema a resolver con el experimento.
7. La preparación y las estructuras deberían ser adecuadas para proteger al sujeto sobre quien se efectuarán los experimentos de posibilidades aun remotas de invalidez o muerte.

En la actividad cotidiana del médico está la inexcusable obligación de respetar los derechos fundamentales de la persona, dentro del marco de las políticas de salud implementadas por el Estado; pero toda vez que este profesional está en contacto directo con la gente puede mejorar estas políticas públicas en el afán de mejorar la calidad de vida de sus pacientes.

La Bioética como ciencia incipiente pero de gran potencial conjunta valores sociales, morales, éticos, médicos, biológicos, jurídicos para frenar la conducta del hombre cuando es regida por fines contrapuestos, ajenos a lo razonablemente aceptable.⁹³

La medicina, cuando pierde su elemento normativo, al mismo tiempo pierde su esencia y se puede convertir fácilmente en un instrumento de ideología o de clase política dominante, por lo que por supuesto, no es benéfico para la población. La medicina debe estar al servicio del hombre y los hombres de la medicina deben estar al servicio de la población, no del dinero, de la política o de otros valores superfluos que nada tienen que ver con el respeto de la dignidad humana.

Enfatiza el mismo autor, que la bioética no es una disciplina de moda, que el estudio sistemático de la conducta humana necesita del análisis cuidadoso del problema para distinguir entre cuestiones morales y técnicas, y que una vez definidos ambos canales, es posible que se tomen decisiones lógicas, claras de manera responsable, y entonces se estará velando efectivamente por el respeto de los derechos humanos, particularmente, de la salud humana.

-
8. El experimento debería ser efectuado sólo por personas científicamente calificadas. Debería exigirse a las personas que lo lleven a cabo el experimento o se hallan de alguna manera involucrados en él, el mayor grado de capacidad y de cuidado en todas las etapas del experimento mismo.
 9. En el curso del experimento la persona humana debería ser libre de ponerle fin en caso de que llegue a un estado físico o psíquico que le haga considerar imposible continuar con el experimento.
 10. En el curso del experimento el científico a cargo debería estar preparado para terminar con el mismo en cualquier momento, siempre que de acuerdo con la buena fe, la elevada competencia y el cuidadoso juicio que se le requieren, tenga motivo para considerar que la prosecución del experimento pueda desembocar en lesiones, invalidez o muerte del sujeto.” CALÓ, Emanuele, “Bioética; nuevos derechos y autonomía de la voluntad”, Ediciones La Rocca, Argentina, 2000. pp, 97 y 98.

⁹³ Cfr.- CANO VALLE, Fernando.- Op. Cit. pp, 6 a 8.

La excelencia en la formación Bioética debe procurar el engrandecimiento del hombre, visto desde dos puntos de vista distintos: Por un lado debe el profesional alcanzar el conocimiento técnico científico más actualizado; pero al mismo tiempo debe tender a la formación ética del individuo, promoviendo la formación de virtudes, tales como, la tolerancia, el respeto, la prudencia, la solidaridad, la compasión, el altruismo.⁹⁴ Así la toma de decisiones no sólo se basará en aspectos de rigor científico, sino que al mismo tiempo deberá de tomar en cuenta la condición humana del paciente y sus circunstancias personales.

4.2. La dignidad del ser humano como principio Bioético.

La dignidad del ser humano es un tema tan antiguo como el hombre; por tanto no se trata de una problemática recientemente planteada por los filósofos modernos o por aquellos que pretenden dar autonomía a una nueva disciplina científica o axiológica.

En el antiguo Oriente los pensadores Lao Tse, Khung tse (confucio), Cheng Yung, entre otros, han manifestado su punto de vista sobre la dignidad humana. Incluso, en el pensamiento teológico podemos observar cómo desde la Biblia se basa la dignidad del ser humano en una serie de premisas, como la superioridad del hombre sobre cualquier clase de vida animal o vegetal sobre la tierra. Así se pone al hombre en el centro del mundo: es el centro de todas las cosas, del universo entero. El hombre superior cuasi divino es otra premisa, al ser hecho a imagen y semejanza del mismo creador.

En lenguaje poético se puede leer el siguiente texto:

“..¿Que es el hombre para que te acuerdes de él?
¿Qué es el hijo de Adán para que cuides de él?
Un poco inferior a Dios lo hiciste,

⁹⁴ *Ibíd...*p, 11.

Lo coronaste de gloria y esplendor.
Lo has hecho que domine las obras de tus manos,
Lo has puesto todo bajo sus pies...”⁹⁵

En el pensamiento griego, en los tiempos de *Pericles* se encuentran textos en que se confirma la superioridad del hombre, que junto con su capacidad de razonar, la comunicación y el lenguaje constituyen pilares de la dignidad humana. La razón, necesariamente, conduce a la libertad de elección, ya sea hacia el bien o hacia el mal, dependiendo de la incidencia de los valores morales en la *psique* de cada individuo.

Platón insiste en la superioridad del hombre por razón divina que solo se alcanza a través de la inteligencia con la justicia y la piedad.

Para Cicerón:

“...aquello que conviene a la excelencia de la naturaleza humana considerada en todo lo que la distingue de los demás animales...”. Los elementos que consolidan esa superioridad estaban ya señalados y además de la idea de igualdad del género humano que sitúa en la sociedad universal, señala la razón y el habla “que enseñando, aprendiendo, comunicando, disputando y juzgando concilia los hombres entre sí y les une en una sociedad natural...”. Yo la había indicado al principio del mismo tratado al decir que “el hombre que participa de las luces de la razón, por lo cual conoce las causas de las cosas y sus consecuencias, no se le ocultan sus progresos, ni sus antecedentes...”. La misma naturaleza concilia unos hombres con otros, así para el habla recíproca como para la vida sociable...”⁹⁶

⁹⁵ Salmo 2, 1-10

⁹⁶ Citado por **PECES-BARBA MARTÍNEZ**, Gregorio, “La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho”, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Dykinson, España; 2002. p, 25.

Desde el punto de vista externo, la dignidad del hombre se vislumbra como un haz de luz que brilla sobre su cabeza; aunque desde una perspectiva estructural se ve como una situación de rango, de jerarquía, de superioridad, no solo sobre otras formas de vida, sino sobre los propios hombres, tal y como aconteció en aquellas sociedades en que el hombre estaba al servicio del hombre, en un plano de desigualdad. Lamentablemente, durante cierto periodo de la historia son las relaciones económicas entre los hombres las que van creando distintas clases de dignidades, o en su caso, separan a los hombres dignos de aquellos que no lo son (como en el caso de los esclavos).

La dignidad del ser humano dejó de pensarse que derivaba de su condición divina, como honor, cargo o título. En el renacimiento comienza a pensarse que la dignidad de los hombres debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtudes de su condición humana. Esto quiere decir que la dignidad humana depende de la virtud de ser individuo, no ya de la riqueza o de títulos nobiliarios, sino de la esencia misma del hombre. Al mismo tiempo se descarta la teoría teológica de la dignidad humana, basada en la iluminación de Cristo sobre todos los hombres.

Autores como Gianozzo Mannetti y Skinner sostienen que la dignidad humana es relacionada con la acción y el trabajo esforzado, aborreciendo el odio y la pereza. Es por ello que, un hombre digno es sinónimo de un hombre virtuoso, a diferencia de lo que ocurre con los hombres corruptos, perezosos.

Según la percepción de Pico de Mirándola el ser humano es digno en la medida del bienestar de su conducta, así como lo son sus acciones, para lo cual se citan sus palabras: “Ni celeste ni terrestre, tampoco mortal ni inmortal; así hemos creado para que puedas ser libre según tu voluntad y tu honor; para que puedas ser tu propio creador y conductor: A ti solo hemos dado libertad de crecer y desarrollarte según tu propia voluntad. Llevas en ti los gérmenes de la vida universal...”⁹⁷

⁹⁷ *Ibíd.* pp, 30 y 31.

Puede válidamente decirse que Angelo Poliziano basa su pensamiento en la obra de Cicerón, pues reafirma que la dignidad del hombre se debe a su racionalidad, para lo cual cita sus palabras:

“El hombre es con mucho., el más inteligente de los animales.

Dios supremo ha impreso y sellado en él una razón universal que le permite observarlo todo y sacar conclusiones y previsiones.

Merced a esa inteligencia puede distinguir las especies de las cosas y dar significado a nombres y palabras de la misma manera que a los sonidos de las voces su tono preciso.”⁹⁸

Para Francisco Recio “El hombre es el único entre los seres vivos formado a imagen de Dios para entender, desear, discernir; prever, razonar. Los demás animales están perpetuamente sujetos al imperio de una determinada naturaleza. En cambio, el hombre, con el juicio y la razón, puede escoger su camino, abandonarlo por otro, retroceder; puede variar;...”⁹⁹

Según el pensamiento de quienes sitúan al hombre entre Dios y el resto de los animales, somos seres de fines y no medios para la consecución de los mismos. Durante largos periodos de la historia la dignidad del hombre no estuvo exenta, pues el pensamiento de los religiosos se imprimió en las artes, la política y la filosofía. Una transición del pensamiento religioso a una totalmente laico perdura durante muchos años, hasta que se puede distinguir claramente el pensamiento de los religiosos del generado por los hombres de ciencia.

Si podemos entender que la Bioética es una reacción humanista frente al desarrollo tecnológico aplicado a distintos campos, entre ellos, el de la procreación y la muerte del ser humano, es importante que se conozcan los pilares, los principios básicos de la bioética para darle sustento a nuestras afirmaciones.

⁹⁸ Ibíd. p. 31.

⁹⁹ Ibíd. p. 34.

La tecnología permite la procreación de seres humanos sin la unión de pareja, para determinar las características físicas del nuevo ser que se planea, permiten que se lleve a cabo un aborto en las mejores condiciones médicas posibles, la fecundación por reproducción asistida, la manipulación de embriones para la consecución de distintos fines. La Bioética pretende encauzar el uso de la tecnología y los avances de la ciencia en beneficio del ser humano, evitando que el desarrollo tecnológico paradójicamente avance en deterioro de la humanidad.

La Bioética consiste en un nuevo criterio que permite juzgar la conducta de los hombres relacionada con la vida y la muerte del ser humano. El juicio ético parte siempre de principios que permiten juzgar las conductas como positivas o negativas, de acuerdo al cumplimiento de dichos principios. Toda vez que la construcción de principios es una labor delicada, debe ser objetiva a fin de evitar la arbitrariedad de quien los crea. En virtud de lo anterior, la veracidad de los principios dependerá en que las conductas señaladas como negativas efectivamente degraden a la persona o la comunidad, mientras que las conductas calificadas positivas realmente perfeccionen al ser humano.

Jorge Adame Goddard propone una serie de principios de la Bioética que a continuación habrán de explicarse, resaltando uno de ellos “la dignidad del ser humano”.

- 1. La dignidad de la persona.**- Ya sea explicado desde el punto de vista teológico o científico, al hombre se le ha considerado como el ser superior sobre la tierra, fundándose en su naturaleza espiritual y racional, principalmente, por lo que cualquier otro cuerpo le está subordinado. También sostengo que el ser humano es ególatra por naturaleza, ya que piensa que todo ser vivo u objetos sin vida en el universo giran a su alrededor y tienen sentido en razón de la utilidad que tengan para el hombre (nos creemos el centro del universo). Si ubicamos al hombre por encima de otros seres vivos a los que concebimos como cosa, objetos, entonces no les podemos dar el mismo trato. Para el ser humano, las

cosas son objeto de tráfico jurídico, especulación comercial, experimentación científica, etc. por ello, el hombre no debe estar sujeto al tráfico comercial ni jurídico, de lo contrario estaríamos hablando de esclavitud, sujetos a la voluntad de una persona para disponer de ellos en su propio provecho.

Actualmente, por medio de la técnica de congelamiento de embriones, quienes tienen el control sobre ellos les dan destinos, de acuerdo a los intereses particulares de un grupo de personas. Los embriones congelados pueden disponerse para implantarse en úteros de alguna mujer para lograr el milagro de la procreación; los utilizan para experimentar con ellos de distintas maneras, como implantarlos en úteros de animales para observar su desarrollo, y en algunos de los casos, los destruyen. El argumento que utilizan quienes realizan estas prácticas científicas es negarle la condición de persona al embrión en tanto no cumpla 15 días de desarrollo. Se dice que antes del 15º día es aún un pre-embrión de tal suerte que los científicos lo pueden manejar como si se tratara de un objeto. Es aquí donde la dignidad del ser humano es motivo de polémica; en un ciclo de vida normal, la mera unión de los gametos germinales trae como consecuencia la génesis de una nueva vida, sin importar el tiempo que tenga el producto de la fecundación.

Otro argumento que se utiliza para experimentar con los embriones es la utilidad que ello conllevará en el futuro, pues aseguran los científicos que a través de ésta práctica científica (manipulación genética) se obtendrá la cura contra enfermedades que hasta el día de hoy se consideran incurables.¹⁰⁰

2. Igualdad de los seres humanos.- Pese a las diferencias notables de todos los seres humanos que nos distinguen de los que somos parte de la misma especie, tenemos evidentes rasgos en común, como estar dotados de racionalidad y provenir del mismo origen (fuera del aspecto teológico). Ante una postura universal que condena la xenofobia, todos los seres humanos nos

¹⁰⁰ Cfr.- **ADAME GODDARD**, Jorge, “La bioética” Un reto del tercer milenio,II simposium inter universita,UNAM. México, 2002. pp, 20 a 23.

sabemos iguales sin importar nuestra condición social, económica, nacional, cultural, raza, sexo, credo religioso, ideología política etc.

Pero desde que momento, la persona debe ser considerada como tal, para ser igual a sus semejantes, ¿Cómo debe ser tratado el embrión, pre embrión, cigoto, o cualquiera de las etapas de la gestación de la vida humana? ¿Acaso el embrión goza de los mismos derechos que una persona ya nacida? Todos los hombres, personas, seres humanos somos iguales, debemos ser tratados con la misma dignidad, entonces la muerte de una persona nacida es un homicidio ¿Cómo se debe calificar la muerte o destrucción de los embriones?

Los científicos en el afán de seguir con sus investigaciones a través de la ingeniería genética sostienen que el embrión o pre-embrión no puede ser considerado persona, que aún no es un ser humano, por lo que carece de los derechos de éste. En tanto carezca de corteza cerebral y sea depositado en el ambiente adecuado para su desarrollo no dejan de ser meras células que se pueden tratar como objetos, y como tales pueden ser manipuladas al antojo del hombre de ciencia en la experimentación.¹⁰¹

No se puede dejar al criterio de los hombres juzgar quién merece o quién no merece vivir, tal es el caso de los médicos que practican la fertilización *in vitro*, ya que el procedimiento necesariamente los conduce a seleccionar la viabilidad de los embriones que serán depositados en el útero de la mujer que desea procrear, y que al mismo tiempo significa el sacrificio de aquellos que no han sido considerados viables en el laboratorio.¹⁰²

3. Disposición de la vida humana.- La vida humana no es un bien del cual se pueda disponer, tan es así que en reciente reforma constitucional el Constituyente Permanente decidió abolir la pena de muerte del texto de nuestra

¹⁰¹ Cfr.- **HERRANZ RODRÍGUEZ**, Gonzalo, “Comentarios al código de ética y deontología médica”, Editorial Eunsa, España, 1992. pp, 115 a 117.

¹⁰² Cfr. - **ADAME GODDARD**, Jorge. - Op. Cit. pp, 23 y 24.

norma fundamental; la clase política mexicana se ha manifestado en contra de la pena capital que se aplica en otros países, como es el caso de algunos estados de la Unión Americana. Algo me parece claro, si el embrión es una manifestación de vida, ¿Por qué nos sentimos con el derecho a disponer de ella? Los hombres somos paradójicos, pues mientras defendemos el respeto de la vida de otras especies animales y vegetales no respetamos la de nuestros semejantes. Todos los hombres nos debemos al milagro de la fecundación y sin embargo, hay algunos que se sienten con el derecho de disponer del derecho de la vida de otros. Incluso, la persona que le niega al embrión su naturaleza de persona, proviene del mismo origen.

A pesar de que un hijo es producto de la conjunción de los gametos de sus padres, no es de su propiedad y sus actos, muchos menos su vida, puede ser dispuesta por ellos. Lo mismo ocurre con los niños procreados en el laboratorio; su vida no es de la disposición de los médicos ni de los científicos.

Es claro que la persona no debe el milagro de la vida a sí mismo, es producto de la consumación de un acto de dos personas distintas, por lo que no puede disponer de su propia vida, como si se tratara de cualquier otro artículo de su propiedad. En ese orden de ideas, la persona carece de la facultad de disponer de su vida, aunque sea en beneficio de otra persona, en tal virtud, si el hecho de donar un órgano implica la muerte del donante no puede considerarse un acto válido, aunque signifique salvar otra vida, sin importar las edades de las personas involucradas, ni la situación personal en que se encuentren.¹⁰³

Pero como afirma Jorge Adame, el respeto de la vida humana no deriva de la simple unión de los gametos, pues eso acontece con otros animales. Es el resultado de la libre decisión de las personas y no del instinto. La decisión de procrear es una decisión ética que debe tomarse no solo en beneficio de los padres, sino en atención

¹⁰³ *Ibíd.* pp, 24 y 25.

del bien del hijo, pues será una persona con los mismos derechos y dignidad de los padres. El hijo no es un medio para satisfacer la necesidad paternal.

La decisión de procrear es un acto de amor de responsabilidad, tomando en cuenta que el hijo es una persona por sí mismo, independiente a la humanidad de sus progenitores, de tal suerte que los padres desde el momento de la gestación deben asumir las consecuencias que el acto de la procreación trae aparejado, y esto no solo se limita al aspecto patrimonial, sino principalmente al amor, la paciencia y la tolerancia que debe haber para lograr el buen desarrollo de la persona.

Por virtud de lo anterior, la procreación solo será un acto válido éticamente hablando, en tanto sea producto del amor de dos personas, ya sea que estén casado o no. Los padres desean al hijo sin condiciones, lo mismo si es sano o enfermo, fuerte o débil.

Gracias a los avances de la ciencia médica una persona puede nacer fuera del seno de una familia, por la decisión de una persona y con la ayuda de los médicos, pero se le niega desde un principio al inalienable derecho a contar con ambos padres. Por lo anterior considero que no sería lícito que una mujer tome la decisión de procrear, sin importar que acuda a un método natural o artificial, ya que en cualquiera de los casos se trata de una decisión egoísta, que no atiende al bienestar integral del hijo, y le priva del derecho de tener y conocer a sus progenitores.

4.3. La relación de la Bioética con la Filosofía del Derecho.

Como ya lo hemos señalado en anteriores páginas, los avances de la ciencia y la tecnología en biomedicina generan cuestionamientos de orden moral y jurídico que Laura Palazzni sintetiza en la siguiente pregunta ¿Coincide la posibilidad técnica con la licitud ética y jurídica? ¿Todo lo que es técnicamente posible es también ética y jurídicamente lícito? ¿Hasta qué punto es lícito utilizar las nuevas posibilidades de

intervención abiertas por los recientes descubrimientos científicos y por las innovaciones tecnológicas en biología y medicina?

Son interrogantes en cuya respuesta puede estar inmiscuido el trabajo de teólogos, filósofos, juristas, médicos y hombres de otras ciencias. Recordemos que la filosofía del derecho obliga a la reflexión sobre las causas de lo jurídico, que no solo se limita al estudio de las formas y estructuras de la norma, sino que profundiza en la causa última del fenómeno jurídico. El Derecho es objeto de la reflexión filosófica que no se puede reducir a una mera técnica de organización social; sino que es una manera o un criterio que sirve para reflexionar sobre el ser humano.

El Derecho forma parte de nuestras vidas, así ocurre en el trabajo, en las relaciones comerciales, en la familia, en las relaciones con los particulares, con el Estado y sus órganos, etc., que está presente en nuestras vidas en diversas manifestaciones. El Derecho tiene su razón de ser en el hombre, es su fin último; sin él no se podría justificar.

La Filosofía del Derecho debe ver al hombre con todas sus cualidades y limitaciones, tiene que estudiarlo en su complejidad, de donde se desprende que es existencialmente finito y limitado y desde el punto de vista ontológico es un ser conciente de sus propias limitaciones, de su propia naturaleza. El hombre al saberse finito y limitado se une concientemente a otros para superar sus límites; esa es la razón de la familia, de las sociedades, del Estado y de todas las realidades humanas colectivas.

Al ser el hombre eminentemente social requiere de reglas, normas, para asegurar la coexistencia con otros seres, y a través de ello lograr el mayor bienestar colectivo posible, ya sea condenando conductas reprobables o permitiendo las conductas que conducen al hombre a su magnificencia. En este sentido el derecho no se reduce al derecho positivo, sino al estudio de los factores que justifican su existencia y su sentido.

La tarea de la Filosofía del Derecho en la Bioética es lograr la justificación de los principios generales que sirven de fundamento a las normas positivas con referencia a los avances de la ciencia y la tecnología en materia de la vida del hombre. Así, la labor de la Filosofía del Derecho se reduce al estudio de dos aspectos fundamentales de la Bioética: Realiza interrogantes sobre la subjetividad jurídica, es decir, debe determinar quién es el sujeto merecedor de la protección jurídica; en un segundo plano debe responder a cómo traducir el derecho natural en normas positivas.¹⁰⁴

Como ya lo hemos hecho notar, el avance de la ciencia y la tecnología ha provocado que los filósofos se pregunten si todo ser humano es persona, y si como tal es digna de protección del derecho. ¿A partir de qué momento se puede considerar al humano como persona, y si el derecho protege al humano o a la persona?

Las prácticas científicas sobre embriones, la fecundación in vitro y otros avances de la ciencia son las generadoras de muchas interrogantes de tipo filosófico.

4.4. Procreación in-vitro.

La Bioética, la ciencia del futuro, tendrá un mayor interés entre la población con el desciframiento del código genético. Es un importante avance de la ciencia en este siglo cargado de guerras, conflictos y el reino de la palabra mágica: crisis.

El modelo democrático, por tanto, es el escenario adecuado para el pleno desarrollo de la investigación científico tecnológica. Veamos: clonación, ingeniería genética, prevención de enfermedades, intervención en la conducta, la mente y el cerebro, el misterio de la conciencia humana, medicina reproductiva, prolongación de la vida, inteligencia artificial, presentan un conjunto de dilemas bioéticos para los cuales el

¹⁰⁴ Cfr.- **KUTHY PORTER**, José, **MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, Oscar y **TARASCO MICHEL**, Martha, "Temas actuales de bioética", Porrúa y Universidad Anahuac, México, 1999. pp, 23 y siguientes.

desciframiento del código genético expresa tan sólo el *diagnóstico* de la propia naturaleza del ser.

El control privado de los experimentos genéticos, como ha ocurrido con la empresa estadounidense "Genética Celera"¹⁰⁵, apunta hacia la necesidad de regular la medicina experimental, el patentamiento genético y las actividades de las empresas farmacéuticas internacionales.

Decidir sobre el programa genético de una persona no puede convertirnos en "ingenieros" de la especie humana. La personalidad, los derechos de ésta y el derecho a la propia identidad, no pueden ser materia del tráfico y del comercio humano: se trata de una identidad intransferible: ¿A quién pertenece el genoma?

La Reproducción Asistida es considerada como la introducción de los gametos reproductores ya sea del hombre o el de la mujer mediante un procedimiento científico llamado inseminación artificial, toda sin tener coito.

La Reproducción Asistida es considerada como la primera alternativa en el manejo de las parejas estériles al margen del problema ético.

Entre las técnicas se encuentra la Inseminación Homóloga. Es aconsejable este procedimiento cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales, o que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales tendientes a la corrección de los factores causales de esterilidad.

Otra técnica de reproducción asistida es la Inseminación Heteróloga, que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el esposo o concubino no son aptos para la fecundación.

¹⁰⁵ WWW.celera.com.

Muchas veces puede parecer muy poco usual en algunas ciudades pero lo cierto que aquí en la República existen clínicas y hospitales con médicos reconocidos que pueden ayudar a cumplir el sueño de una pareja de ser papás, es buena opción pero muchas veces los mitos y falta de información hacen que esa oportunidad sea desperdiciada.

4.5. ¿Qué es un Banco de espermias?

La ciencia y la tecnología hacen hoy posible la manipulación del embrión humano. Sin duda, esto favorece que surjan interrogantes éticos y la conveniencia de un marco jurídico que regule los avances.

Hoy en día no existe una definición exacta de banco de espermias, pero podemos definirlo como la guarda de gametos reproductivos dentro de un esquema serio y seguro, con la finalidad de permitirles a las parejas solucionar su problema, y dentro de esta gama de oportunidades está la figura de los donantes.

Se ha evolucionado tanto en este tema al grado que la pareja tiene la oportunidad de conocer mediante catálogos los antecedentes familiares, el perfil clínico y los rasgos y las características físicas del donante. Lo que garantiza que se está adquiriendo una muestra libre de contaminación de enfermedades transmisibles.

En Noviembre de 2003 se abrió el primer Banco de Semen registrado como tal ante la Secretaría de Salud federal en todo el país.

El objetivo de este banco de esperma perteneciente al Instituto Valenciano de Fertilidad es brindar la posibilidad de concebir hijos con características propias del mexicano a parejas y mujeres solas que por diferentes motivos no han logrado concebir.

La muestra de semen cuesta 6 mil pesos y si la mujer desea que le realicen la fecundación artificial, el costo va de los 4 mil a los 45 mil pesos.

De los donantes, que actualmente suman 50 en proceso de aceptación, sólo 14% de ellos tienen semen de calidad y quienes son lo suficientemente sanos para ser donadores, reciben una aportación "significativa" por cada donación.

La idea es tener el primer banco de semen Mexicano formado aquí por donantes mexicanos, pues existen algunas clínicas de fertilidad que funcionan con semen importado principalmente de Estados Unidos y Canadá y hay mucha gente en México que no quiere semen anglosajón o negro, sino uno que vaya de acuerdo con nuestra etnia mestiza, un banco de semen sirve para realizar la reproducción asistida en inseminación artificial o fecundación in vitro.

Los bancos de esperma cuentan con una vigilancia epidemiológica por parte de la FDA (Farmacy Drugs Administration), lo que garantiza que el gameto solicitado está en óptimas condiciones y lo más importante, se descarta el riesgo de alterar cierto equilibrio que hay por la precombinación genética de los donantes, evitando así que pudieran encontrarse dentro de 20 años personas que son hermanos biológicos.

CAPÍTULO QUINTO. EL FENÓMENO DE LA PROCREACIÓN DE HIJOS SIN PADRE

5.1. La procreación dentro y fuera del matrimonio como problema ético.

Ya nos quedó perfectamente claro que no todo lo que es técnicamente posible es moral y éticamente permitido. Principalmente tenemos que ver que en el caso de la biomedicina se respeten los derechos humanos del paciente y la dignidad de la persona, y al mismo tiempo el beneficio que ello conlleva a la persona y la colectividad humana.

Hace un tiempo los pensadores se preguntaban si era justo, válido, lícito, y ético procrear hijos fuera del matrimonio, como en el caso del concubinato. Quienes principalmente se oponían, eran los miembros de la iglesia católica, pues para ellos, la familia debe estar fundada en el matrimonio. Hoy en día, parece que la disyuntiva antes citada ya no ocupa las inquietudes de los pensadores, pues parece haberlo suplantado el avance de la ciencia y la tecnología y la pérdida de los valores morales y éticos que deben regir la conducta de los hombres. El valor económico se ha sobrepuesto sobre los demás valores; lamentablemente el dinero se ve como un fin y no como un medio.

La experimentación sobre embriones humanos se percibe como negocio, no como un medio para mejorar la calidad de vida de las personas, sino solo de aquellas que puedan pagarlo.

La fecundación in-vitro es una técnica de fertilización asistida. Para Javier Hagenbeck, son técnicas de fertilización asistida “las técnicas realizadas por un equipo multidisciplinario, manipulando los espermatozoides y/o los óvulos,

y cuyo objetivo es la concepción y conseguir que la pareja o mujer tenga un hijo vivo.”¹⁰⁶

La nueva tecnología amplía su campo para ayudar a las parejas a resolver otros problemas que afectan su productividad, los métodos científicos opciones para la solución de los diferentes problemas que podrían tener la pareja, y en su caso la mujer.

Estas técnicas son costosas, tomando en cuenta lo económico y el número de embriones que deben desecharse para lograr un embarazo exitoso. Entre las más conocidas están:

Transferencia de gametos.- El primer paso que se sigue es la obtención de semen capacitado o pato para la fecundación, que se coloca junto con óvulos obtenidos a través de estimulación ovárica, por separado, en la porción distal de la trompa uterina, antes de la fertilización. Con ello, se logra que la concepción se dé en el sitio natural y los gametos pasan el menor tiempo en el medio extracorpóreo. Este sistema tiene como principal desventaja, que la evidencia de la concepción se puede lograr hasta corroborarlo bioquímicamente.

Transferencia de cigotos.- Es una técnica análoga a la anterior, pero con la salvedad de que el primer paso que se debe dar es la fertilización del espermatozoide al óvulo, y una vez corroborada esta circunstancia con la ayuda de un microscopio, se transfiere el embrión unicelular a la porción distal de la trompa.

Ambas son técnicas de fecundación in vitro, logrando la concepción dentro de un laboratorio, cuando la pareja, por los medios naturales no ha logrado tal resultado.

¹⁰⁶ **HAGHENBECK ALTAMIRANO**, Javier, “La bioética, un reto del tercer milenio, II simposium ínter universitario, UNAM. México; 2002. p. 146.

Tomando como base una estadística que se realiza en los Estados Unidos en el año 2003, son muy pocos los nacimientos que se logran de todos los embriones recuperados, lo que lleva a los expertos a preguntarse si realmente se está resolviendo el problema de la esterilidad, o si tan sólo se satisface la necesidad de la pareja de tener un hijo.

Uno se debe preguntar si la dignidad del hombre se basa en que su origen está en actos propios del matrimonio y no a un proceso científico de laboratorio y dirigido por personal calificado.¹⁰⁷

En estos métodos de procreación asistida es de suma importancia la donación de gametos, pues normalmente alguno de los miembros de la pareja es estéril y en virtud de ello acuden a los expertos para que les apoyen y obtengan un embarazo. La fecundación heteróloga no solo presenta conflictos morales, sino también jurídicos. Entre los principales efectos que tiene éste método están los relacionados a la filiación y el derecho a conocer la propia identidad. Desde el punto de vista moral, el donador de los gametos es una persona ajena a la pareja, cuyos óvulos o espermatozoides son utilizados en un laboratorio para fecundar el gameto de uno de los miembros de la pareja que desea procrear.

La falta de padre (social) cuando se ha recurrido a un método de procreación asistida, acarrea la urgencia de dejar a salvo al nacido, el cual tiene Derecho a conocer su identificación genética con fines médicos y terapéuticos, como en el caso del trasplante de órganos o la indagación sobre su origen para conocer sobre posibles impedimentos matrimoniales.

Hay mujeres que no desean contraer nupcias ni tener una relación de concubinato; no obstante tienen la ilusión de ser madres. Negarle al producto del embarazo el amor y la protección de un padre es alarmante, ya que ello manifiesta su sentido de autosuficiencia que probablemente no tenga, pero desde el punto de vista genético,

¹⁰⁷ Cfr.- **HAGHENBECK ALTAMIRANO**, Javier, Op. Cit. pp, 147 y 148.

puede ser que el producto de la concepción manifieste algún padecimiento que ponga al filo de la muerte a la persona, por lo que debe conocer la identidad del donante de los gametos.

El Derecho de toda mujer a ser madre no es un Derecho absoluto, exigible al margen de cualquier consideración del bien de la sociedad, y muy especialmente sin tomar en consideración la protección que requiere todo niño que va a nacer.¹⁰⁸

Sin embargo la Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida establece “siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito”¹⁰⁹

Por muchas y diversas circunstancias puede un hijo nacer fuera de matrimonio, pero no es lícito decidir que un hijo nazca cuando no va a tener ambos padres, pues se le priva de un bien (el padre o la madre) que requiere para su pleno desarrollo. Bajo esta perspectiva se resuelven algunas de las cuestiones éticas que plantea actualmente la técnica de reproducción asistida: queda claro que no es lícito que una mujer soltera tome la decisión de procrear, sea que lo intente por método natural, por inseminación artificial o por implantación de un embrión. En cualquier caso, la decisión es egoísta, pues no atiende al bien integral del hijo, no lo respeta como persona de igual dignidad.

Por todo lo leído y escrito puedo manifestar, que no es ético que la madre desee procrear sin la existencia de un padre, sin embargo, sí es ético que los médicos y especialistas ayuden a las mujeres solas a procrear a sabiendas de la ausencia de una relación conyugal o de concubinato, dado que su ética profesional se basa en darle una vida a un nuevo ser y en buscar alternativas a un mejor bienestar para el ser humano.

¹⁰⁸ Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humana, p. 13.

¹⁰⁹ Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida 35/1988 de 22 de noviembre, artículo 6.1.

Es cierto que ambos, madre y padre deben ver por el bienestar, no solo de la madre, sino del producto de la concepción para su sano desarrollo. Dentro de los derechos de un hijo se encuentran los de recibir amor y comprensión por parte de sus padres y a vivir o convivir con ellos, tales derechos le estarían negados, porque al no tener un padre la madre debe cubrir estos derechos aún con la ausencia del padre.

Hoy en día la tecnología permite la procreación, aún a falta de una madre o de un padre, pero lo que no ha podido reemplazar es el amor como un elemento consustancial al ser humano.

Es evidente que los padres de un hijo, no obstante que lo han procreado, no son dueños del hijo, lo que quiere decir que la vida del hijo es un bien independiente del poder de disposición de los padres. El hijo, en consecuencia, no puede considerarse como un mero "producto" de los padres, ni tampoco un "producto" del laboratorio o de la tecnología.

5.2. El Derecho a procrear un hijo sin padre, ¿Problema ético o jurídico?

El material genético, o gametos, puede ser aportado tanto por el hombre o mujer fértil que tiene interés en la procreación de un ser humano, o bien, puede ser el mismo aportado por un donante.

La aparición de esta persona, llamada donante, impone al legislador, la carga de regular los derechos y obligaciones de esta persona.

Cuando una pareja es infértil o uno de ellos lo es, se necesita la colaboración de una tercera persona que aporte el gameto necesario para la fecundación. Esa tercera persona, sería el donante y entregaría su gameto, para contribuir en la reproducción asistida.

La aparición del donante genera un conflicto de paternidad biológica y formal, entre el padre o la madre biológica portadora del gameto, y el padre o madre quien reciba.

Es decir, una X persona no puede tener a un hijo Y. Aparece un donador Z quien aporta el gameto para que Y pueda concebirse. La fecundación y la gestación de Y se da exitosamente, Y es hijo de X porque así lo reconoce el Derecho Familiar. ¿Podría el legislador otorgar derechos y obligaciones a Z respecto a Y?, ¿Podríamos adjudicar un parentesco de consanguinidad entre Z y Y?, ¿De que forma podrían resolverse los conflictos entre X y Z?

¿Podría regularse la relación jurídica del donante y el gameto donado, como si se tratara de un contrato de donación?

Las clínicas de reproducción asistida tendrían que regularse por un tipo de normas jurídicas diferentes al Derecho privado, toda vez que al tratarse de un asunto de interés público, obliga al legislador, la necesidad de establecer o de instituir la aparición de una tercera persona o corporación pública (de salud), encargada de velar porque las normas que regularice la reproducción asistida sean vigiladas y cumplidas eficazmente.

Esto conllevaría a considerar la Inseminación Artificial o la fecundación in-vitro como una vía para la procreación, además de un derecho de la familia o de las mujeres; quedando a cargo del Estado por conducto de las instituciones públicas a las que hicimos referencia, centralicen el servicio de inseminación artificial. O bien, ¿Puede permitirse que el servicio sea proporcionado por los particulares, de manera libre o restringida?

El Derecho tendría que regular las relaciones jurídicas entre las parejas o mujeres infértiles, los donantes y las instituciones médicas especializadas en la reproducción asistida. Pero regularizar este tipo de relaciones jurídicas, se verían influenciadas por el poder económico de los solicitantes del procedimiento de reproducción asistida.

Si el servicio de reproducción humana asistida, es proporcionado por una institución médica privada, el costo del mismo, lo haría inaccesible para miles de familias o mujeres. En cambio, si el servicio lo proporciona una institución pública, esta impondría criterios "socioeconómicos", para beneficiar o negar el servicio a los solicitantes.

De aquí la necesidad del Derecho, de legislar bajo un criterio de justicia y equidad, que garantice a los solicitantes de servicio, igualdad de oportunidades en el acceso del servicio, sin prejuzgar su situación económica, ni mucho menos, vulnerando sus más elementales derechos humanos, como lo es el de procreación.

Los derechos de los hijos son el de recibir amor y comprensión por parte de sus padres; a vivir con ellos; a convivir con los mismos en caso de divorcio; a recibir con los mismos en caso de divorcio; a recibir alimentos, vestido, casa y educación: a que los registren proporcionándoles nombre y apellido; a ser respetados y hacerlos respetar físicamente, psicológicamente y sexualmente en su hogar.

Podemos decir que es un problema ético y jurídico porque la ética no solamente nos enseña entender la libertad y de asumir responsablemente nuestros actos; la ética es también una actitud del ser humano frente a otros seres humanos; una postura humanista, que nos enseña a ponernos en el lugar de otra persona. En síntesis, la ética nos enseña a comprender lo que es el bien y el mal, la libertad, la responsabilidad moral.

A continuación pensemos en el problema de la Inseminación Artificial éticamente, sólo formulándonos preguntas, sin querer encontrar respuestas; quizás la concepción que tenga una persona sea distinta de la otra, sin embargo trataremos realizar un esfuerzo para llegar a emitir ciertos juicios de valor.

Ayudar a una pareja que tenga problemas de esterilidad, a que pueda consumir el acto de fecundación y procreación, no es nada inmoral ni ilícito. De hecho, es trabajo

de la ciencia, utilizar la tecnología para el beneficio de la sociedad y de las personas que lo requieran con causa justificada.

Sobre este hecho, al Derecho le corresponde, definir a partir de qué momento, puede esa célula fecundada, si es antes o después de su concepción, ser sujeto de la tutela legal. La discusión de la existencia del gameto, preembrión y embrión, no se limita ahí nada más, sino que también va más allá, definir la forma en que podemos tratar a un espermatozoide o a un óvulo, como “cosas” o “personas”.

Esto es importante, porque desde un punto de vista clásico, la relación jurídica que puede existir entre una persona y una cosa, vendría siendo un derecho real, donde los titulares del espermatozoide o del óvulo, pueden hacer con ello, lo que quieran, inclusive, hasta destruir la cosa, situación con la cual no concordamos.

5.2.1. ¿Qué Derechos tiene un hijo sin padre?

En el boletín Mexicano de Derecho Comparado número 82, enero- abril 1985, Ingrid Brena Sesma clasifica los derechos de los hijos de la siguiente forma:

- A. Derecho del menor.
- B. Derecho a una filiación materna y paterna
- C. Derecho del menor a conocer sus orígenes genéticos
- D. Derecho del menor a pertenecer a una familia integrada.
- E. Interés de la sociedad

El Derecho del menor a tener una familia de vivir en armonía, el de vivir en un ambiente familiar, que le permita crecer de forma favorable. Dentro de este derecho incluimos el de tener una alimentación y contar con una educación.

Un Derecho de suma importancia es el de la filiación, para Maria de Montserrat Pérez Contreras “la filiación es la relación jurídica que existe entre ascendentes y descendientes como en el caso de los padres y de los hijos, abuelos y nietos, bisabuelos y bisnietos, pero en un sentido estricto podemos hablar de la relación padre hijo. Esta relación filial es la que da origen al parentesco, a la patria potestad y a partir del cual se establece una comunidad de carácter familiar que identifica a los grupos dentro de la sociedad.”¹¹⁰

La ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su artículo 7.1. Establece que “La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción se regulará por las normas vigentes, a salvo de las especialidades contenidas en este capítulo” esto nos remite al artículo 108 del Código Civil que nos dice que la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser por matrimonio y sin matrimonio, los hijos nacidos por Inseminación Artificial tienen una filiación por naturaleza, el concebir un hijo sin padre, la madre le esta negando el derecho de la filiación. Otro de los derechos del hijo es conocer sus orígenes, el saber quien es su madre y su padre, el hijo tendría una relación de filiación y con la familia del padre otra de parentesco. La filiación no puede establecerse respecto a un individuo cuya donación no implica ninguna intención de paternidad, no es responsable de la paternidad, por que falta el elemento de la auto responsabilidad de los actos.

La presente ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida no regula la filiación de los hijos nacidos por las técnicas de fecundación asistida, cuando se trata de mujer sola, solamente se refiere cuando regula quienes pueden usar las técnicas, dice en su artículo 6.1 que “toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que hayan prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito.”

¹¹⁰ **PÉREZ CONTRERAS**, María Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados, LVII legislatura y UNAM, México; 2000. p. 26.

El nacido por Inseminación Artificial tiene el derecho a conocer su origen biológico, y Derecho inalienable, la Ley de Reproducción Asistida la prohíbe, en su artículo 5.5. “la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes”.

Tanto en la legislación se percibe el deseo de que el hijo nazca en el seno de una familia, específicamente dentro del matrimonio, para la sociedad también es importante que el niño crezca dentro de un núcleo familiar para este sector no es tan importante la manera de formar un familia, solo nos interesa que el hijo tenga una vida sana, y la figura materna como paterna son un elemento importante para que el hijo tenga un desarrollo dentro de un ambiente familiar.

5.3. ¿Tienen validez jurídica los pactos celebrados para engendrar hijos sin padre?

El Contrato es la fuente de las obligaciones por excelencia. Como acto jurídico que es, debe contar con los elementos de existencia y de validez a que alude nuestro código civil. Los elementos de existencia son: el consentimiento y el objeto; mientras que los elementos de validez son: la capacidad de las partes, la ausencia de vicios de la voluntad, la licitud del objeto y que revista la forma establecida en la ley.

El consentimiento.- Para Gutiérrez y González, el consentimiento “Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de Derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior,...” ¹¹¹

¹¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, “Derecho de las obligaciones”, 14ª edición. Porrúa. México; 2002. p, 266.

Si una mujer, mayor de edad celebra un contrato con su médico para lograr el embarazo a través de un método de procreación asistida, entonces existe consentimiento.

El objeto.- Consiste en el objeto directo de la obligación; es decir, dar, hacer o no hacer, y al mismo tiempo la cosa que se tiene que dar, la prestación que se debe hacer o la omisión a que se compromete una de las partes. En el caso concreto, el objeto del contrato sería la obtención de la ayuda profesional de los médicos para lograr la concepción.

Por lo que hace a los elementos de validez del contrato habrá que señalar lo siguiente:

Capacidad de las partes.- Es la aptitud de la persona para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, así como para, por sí mismo, hacerlos valer, cumplirlas y comparecer en juicio. Normalmente tanto el médico como la madre gozan de dicha aptitud legal, por lo que únicamente dejaría de ser válido el contrato que llegaran a celebrar con motivo de una procreación asistida, si la solicitante fuera menor de edad y no estuviera emancipada o padeciera de sus facultades mentales.

El médico debe formar parte de un equipo autorizado para la realización de este tipo de actividades, conforme a lo dispuesto por el artículo 315 de la Ley General Salud, toda vez que los establecimientos de salud que requieren de autorización sanitaria son los que se dedican a las siguientes actividades:

- I. La extracción, análisis, conservación, preparación y suministro de órganos, Tejidos y células;
- II. Los trasplantes de órganos y tejidos;
- III. Los bancos de órganos, tejidos y células, y
- IV. Los bancos de sangre y servicios de transfusión.”

Ausencia de vicios de la voluntad.- La manifestación de la voluntad de las partes se debe producir con el conocimiento de la verdad respecto de la materia que será objeto del contrato o acto jurídico. Las partes no deben ser inducidas al error, que en ocasiones se genera por dolo o mala fe. Asimismo, el consentimiento se debe expresar libremente y sin que medie coacción alguna. La coacción se puede manifestar a través del uso de la violencia física o moral que obligue a alguna de las partes a celebrar el acto.

El error es una falsa apreciación de la realidad; es decir, todo aquello que sea contrario a la verdad y consiste en un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad objetiva. La persona puede caer en error ya sea por dolo o mala fe de la contraparte, como por ejemplo, en el mismo caso citado en párrafos anteriores, que el médico le asegurara el éxito del embarazo a la mujer cuando él mismo sabe que hay probabilidades de que esto no se llegue a dar, o que la mujer crea que el objeto del contrato es lograr el embarazo cuando en realidad solo consiste en la ayuda profesional para lograrlo, sin que sea obligación del médico obtener un resultado positivo.

El error acarrea la invalidez del acto cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, y encuentra su fundamento legal en el artículo 1813 Código Civil.

Licitud en el objeto.- Atento a lo dispuesto por el artículo 1827 Código Civil para el Distrito Federal, el objeto del contrato debe ser posible y lícito. Por su parte, el artículo 1830 Código Civil dispone la ilicitud el hecho que es contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres. El artículo 1831 Código Civil ordena que el fin o motivo determinante de la voluntad de las partes tampoco deba ir en contra de las leyes de orden público, ni de las buenas costumbres, en concordancia con el mandato previsto en el artículo 8 del mismo ordenamiento.

En tal virtud, si para la fecundación de gametos de forma extracorpórea y lograr el embarazo de la mujer soltera es necesaria la disposición de células germinales de terceros, esto debe ser atendiendo a las disposiciones de la Ley General de Salud.

Para entender si hay licitud en el objeto del contrato que a nosotros nos interesa, primero hay que tener bien especificado en qué consiste tal acto jurídico. Si el objeto fuese el embarazo de la mujer soltera a través de la práctica de métodos de procreación asistida, probablemente sería ilícito por ir en contra de las buenas costumbres, pero aquí cabe hacerse las siguientes preguntas ¿Qué son las buenas costumbres? ¿Quién las impone?

Ahora bien, si el objeto del contrato es suministrar ayuda profesional del médico a una paciente que solicita se practique sobre ella un método de procreación asistida para lograr el embarazo, no se puede alegar ningún tipo de ilicitud, pues no va en contra de las leyes de orden pública, ni contra las buenas costumbres.

La forma establecida por la ley.- Todo acto o negocio jurídico debe revestir la forma para que produzca todos los efectos legales que tiene previstos. En atención a la forma de los actos, se pueden clasificar en consensuales, formales y solemnes. Son consensuales aquellos para cuya validez no requieren de formalidad alguna, sin importar que la manifestación de la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por señas, o de cualquiera otra forma. Los actos formales son aquellos que requieren de cierta formalidad para que tengan plena validez.¹¹²

El contrato que al efecto celebren los médicos con las pacientes que requieren de sus servicios profesionales para lograr el embarazo es por naturaleza consensual; ello significa que el mero pacto verbal surte todos los efectos jurídicos inherentes al acto; sin embargo, hay médicos que prefieren su celebración por escrito y con ello

¹¹² Cfr.- **ROJINA VILLEGAS**, Rafael, “Compendio de derecho civil”, vigésimo sexta edición, Porrúa. México; 1995. pp, 367 a 369.

dejar bien definido el objeto del contrato, el precio de sus honorarios y todas las modalidades que las partes consideren necesarias.

5.4. La intervención del Estado en la familia.

Según el Maestro Burgoa en su libro Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo, “el Estado como el fenómeno que se presenta en la vida misma de las comunidades o sociedades humanas, o sea, como un ente que nos envuelve y comprende en nuestras relaciones sociales de naturaleza múltiple y polifacética”.¹¹³

La definición que nos aporta el Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano acerca de Estado es la siguiente: “Estado proviene del latín *status*. El concepto de Estado y lo que significa han dado origen a las más importantes cuestiones debatidas en la filosofía política. El Estado constituye un conjunto de funciones jurídicas cuya comprensión es necesaria para entender el comportamiento de la comunidad política. El Estado crea derecho, aplica una Constitución: el Estado contrata, representa, a sus nacionales, tiene jurisdicción y ejecuta sanciones, en suma el Estado es titular de derechos y obligaciones.”¹¹⁴

El Estado está constituido entre otros factores, por un elemento de tipo personal el cual se refiere al conjunto de seres humanos que lo conforma, a este generalmente se le denomina como población del Estado o como Pueblo del Estado.

El pueblo del Estado es considerado como el objeto del poder político y a la vez está sujeto al mismo ya que este funge como la forma representativa del pueblo convirtiéndose en una autoridad.

¹¹³ **BURGOA ORIHUELA**, Ignacio “Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y amparo”, 6ª edición editorial. Porrúa, México. 2000. p.144.

¹¹⁴ Nuevo Diccionario Jurídico. D-H. Editorial.Porrúa .México 2000.p.1556.

La población es un elemento fundamental del Estado; la base de la población es la familia, entonces hay que concluir que la familia es un elemento fundamental del Estado.

El Estado preocupado por la familia crea leyes, los órganos de la administración intervienen en la familia, como es el caso del Juez del Registro Civil quien manifiesta su voluntad para aprobar la celebración de los matrimonios; y el Poder Judicial también interviene en la familia cuando debe resolver conflictos que surgen en su seno (divorcios, violencia, alimentos, etc.)

Al Gobierno le interesa la salud física y mental de sus gobernados, es por ello que debe brindar las condiciones necesarias para el sano desarrollo de su población, en todos sus sentidos, en lo político, en lo económico, en lo educativo, en el entretenimiento, etc.

El Estado concebido como organismo cuenta con una serie de órganos, a cada uno de los cuales le es atribuida competencia para el desarrollo de sus actividades. Así como el Juez del Registro Civil está dotado de facultades para la aprobación de los matrimonios y de los divorcios de acuerdo a las previsiones legales, también está facultado para crear las leyes que permiten la relación sana de los miembros de la familia. Si en la actualidad, la técnica y la ciencia han avanzado tanto que es posible procrear fuera del seno de la familia, es importante que el Estado intervenga otorgando o no su aprobación para que estas prácticas vayan acorde con la planeación familiar que se tiene prevista.

Al menos, desde el punto de vista ético no es concebible que se permita a las mujeres solteras procrear fuera del matrimonio o del concubinato, pues si bien es cierto es una garantía constitucional el derecho a la planeación familiar, y por tanto el derecho a la procreación, esta debe darse, precisamente, dentro del seno de una familia, y no fuera de ella. De acuerdo a las disposiciones legales vigentes la planeación familiar es asunto de dos y de manera libre, no es una decisión unilateral

y caprichosa de la persona; ese es el sentido de la legislación civil y de salud vigentes.

Si ello fuera poco argumento, la procreación es un acto de amor que no se puede suplir a través de los trabajos realizados en el laboratorio. No es permisible que en aras de satisfacer una necesidad personal de la mujer, el Estado autorice la procreación de niños fuera del seno familiar y negarle desde un principio el derecho a tener el amor y respaldo de un padre. Además, el nuevo ser tiene derechos, al igual que la madre, por lo que la voluntad caprichosa de ésta no puede afectar los derechos del ser concebido. La protección del bienestar colectivo, siempre, debe estar por encima de la voluntad del individuo.

5.5. ¿Es justo y ético procrear hijos sin padre?

Tan solo partiendo del concepto histórico romano de la justicia, “dar a cada quien lo que es suyo” debemos concluir que no es justo privar a una persona del derecho, del disfrute de la protección de un padre.

El Derecho a la procreación es asunto íntimo de la persona, de acuerdo con la tradición histórica y de la historia legislativa, la procreación es un asunto de pareja, o acaso ¿El producto de la concepción merece nacer sin padre?

Usualmente, la madre soltera se escuda en el argumento de la irresponsabilidad del padre para separarse de él y privarle del Derecho a una familia. El castigo del Estado hacia el individuo irresponsable en el ámbito familiar es su separación de la familia, incluso su encarcelamiento. Pero el producto de la concepción de una mujer soltera no merece sanción alguna por el Estado para nacer dentro de una familia en la que el padre no existe.

Las garantías constitucionales son para ser ejercidas responsablemente y sin afectar los derechos de tercero. La procreación de hijos sin padre violenta los derechos de estos niños, por lo tanto la libertad de procreación de una mujer está limitada en los derechos del producto y si este último va a nacer sin la protección de un padre, no se debe permitir el ejercicio del derecho de cualquier mujer, que actúa irreflexivamente, sin mirar hacia los derechos de un nuevo ser.

5.6. La ausencia del padre.

¿Se justifica, éticamente, el procedimiento? ¿Debe quedar abierta la posibilidad de inseminación para la mujeres no casadas actualmente (solteras, viudas, divorciadas, concubinas) como una muestra de respeto al derecho de toda mujer de procrear? ¿Debe mantenerse el anonimato del donante o tiene derecho el hijo a conocer su filiación genética?

A los problemas éticos se suman los problemas jurídicos con todas sus sutilezas, se requiere proteger adecuadamente los derechos de todos los implicados: las personas que solicitan el método, los hijos nacidos, y los terceros que pueden o no intervenir donantes o madres sustitutas.

Desde mi punto de vista, la razón formal, lo que especifica la maternidad de cualquier mujer es la intención, deseo o voluntad de ser madre, con todo lo que esta intención significa en términos de cuidado, afecto, alimentos. Ya sea que cuente con una pareja o no.

El Derecho de toda mujer a ser madre no es un Derecho absoluto que exija su cumplimiento al margen del Derecho del hijo a una vida ética, jurídica y socialmente estable. La maternidad y paternidad deben entenderse en función del hijo y no de los padres.

Psicológicamente un niño necesita conocer sus antecedentes genéticos y familiares para formar su identidad. Saber quién es su padre o madre, es necesario para un adecuado desarrollo psicológico y estabilidad emocional. Por otra parte el papel de cada género, se aprende a través de la presencia de ambas figuras paternas mediante la convivencia cotidiana.

Cuando solo existe un modelo a seguir en el hogar y éste suele ser el de la madre, se debe compensar la ausencia del progenitor que falta. Los hijos que crecen sin la presencia del padre corren el riesgo de sufrir efectos negativos.

En ausencia del progenitor como modelo masculino, los niños adolescentes se vuelven más susceptibles a los modelos idealizados por los compañeros y la cultura popular.

5.7. Análisis del Derecho concebido y el Derecho de la maternidad.

El artículo 4º constitucional se refiere al Derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. La Ley General de Salud de 1984 regula el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología, pero ninguna ley regula de modo directo la inseminación artificial.

La mujer que se somete a la inseminación artificial, (que es el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en el genital adecuado de la mujer y con el empleo de medios mecánicos), debe ser mayor de edad y puede ser soltera o casada. Si está casada y para la inseminación se utiliza semen del esposo, la inseminación se denomina homóloga, lo mismo que la inseminación de la soltera con semen de su pareja estable; en cambio, será heteróloga la producida con semen de un tercero. Otras posibilidades se plantean si el donador está vivo o si ha muerto y la fecundación se produce después de su muerte. En este estudio no se incluyó la

fertilización in vitro ni la maternidad subrogada, porque la primera ya no es propiamente una inseminación y la segunda plantea otra problemática tan extensa que excede de los propósitos del análisis.

Para llevar a cabo una inseminación artificial es necesario un acuerdo de voluntades sobre el objeto que se pretende y las consecuencias que producirá, la mujer otorga su consentimiento para que se manipule en su organismo, con la introducción de esperma, pero también el consentimiento otorgado implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado. El donador del semen acepta que su esperma sea objeto de una inseminación artificial, pero no necesariamente acepta la paternidad del hijo que nazca como consecuencia de las técnicas genéticas, como sería el caso del donador anónimo.

De la misma manera que ni la mujer ni su cónyuge o pareja estable que haya otorgado su consentimiento pueden rechazar los lazos de filiación con el hijo que nazca. El objeto de la inseminación artificial es lograr una fertilización y consecuentemente un nacimiento.

Así como un hijo adoptivo o nacido por inseminación artificial o fertilización in-vitro tiene derecho a conocer en algún momento de su vida de quién es el esperma que le dio la vida, el donante de éste igualmente puede interesarse en saber cuántos hijos engendró, dónde están y si tiene la posibilidad de conocerlos, lo que se conoce como derecho de filiación. Asimismo, el banco de espermias ofrece al donante la posibilidad del anonimato, ocultando a los posibles interesados su nombre y lugar de residencia, y renunciar a conocer el destino de su esperma.

Existe una gran diversidad de opiniones respecto al tema, el cual trae consigo las preguntas, ¿Por qué es un Derecho de la mujer el someterse a un procedimiento de inseminación artificial? Porque como lo hemos venido plasmando, la constitución otorga ese Derecho, el de ser libre de sus decisiones sobre la procreación, es su cuerpo, tiene la capacidad de comprometerse a traer a un hijo a la vida, y a cubrir las necesidades de este.

Es cierto que ella le está violando al hijo el derecho de conocer a su padre, el de poder crecer junto a la figura paterna, pero tomar la decisión de someterse a una inseminación artificial no quiere decir que el hijo no pueda conocer a su padre, aún no existiendo ningún lazo entre madre y padre.

CONCLUSIONES

1. La Familia es una agrupación social de personas que se encuentran unidas por lazos de sangre o por lazos que crea la ley.
2. El matrimonio, otro de los conceptos importantes dentro del tema, el cual es un concepto religioso, hasta la revolución Francesa donde aparece la teoría del matrimonio civil, siendo a su vez, la base primaria de la familia en México. Matrimonio es la unión del hombre y la mujer para formar una familia legítima y duradera.
3. El concubinato es la unión libre entre un hombre y una mujer, una decisión de vivir juntos sin un vínculo jurídico.
4. Las funciones de ambas figuras matrimonio y concubinato, son conformar un vínculo familiar, el que conlleva a una serie de funciones, una de las cuales es la procreación de los hijos que conlleva a la educación de los hijos.
5. Dentro de los derechos de la persona física dentro del núcleo familiar están los derechos a la personalidad, los cuales son necesarios e indispensable para todo ser humano.
6. La persona física como tal tiene capacidad jurídica que la adquiere por el nacimiento y la pierde con la muerte. Esta persona está sujeta a Derechos y obligaciones que marcan las leyes. El interés por la ciencia jurídica por determinar el concepto de persona es simplemente para hacerla sujeta de derechos y obligaciones
7. El hombre como ser eminentemente social transforma su entorno, con su propio conocimiento, y con el avance de la ciencia y la tecnología; sin embargo, a través de la bioética revisa minuciosamente esos avances desde el punto de vista de la ética y

desde la perspectiva humanista. Desde esta perspectiva se hace crítica a las teorías, a las prácticas de los profesionales de las ciencias de la vida.

8. Como afirma Jorge Adame, el respeto de la vida humana no deriva de la simple unión de los gametos, pues eso acontece con otros animales. Es el resultado de la libre decisión de las personas y no del instinto. La decisión de procrear es una decisión ética que debe tomarse no solo en beneficio de los padres, sino en atención del bien del hijo, pues será una persona con los mismos derechos y dignidad de los padres. El hijo no es un medio para satisfacer la necesidad paternal de los padres.

9. La decisión de procrear es un acto de responsabilidad, tomando en cuenta que el hijo es una persona por sí mismo, independiente a la humanidad de sus progenitores, de tal suerte que los padres desde el momento de la gestación deben asumir las consecuencias que el acto de la procreación trae aparejado, y esto no sólo se limita al aspecto patrimonial, sino principalmente al amor, la paciencia y la tolerancia que debe haber para lograr el buen desarrollo de la persona.

10. Psicológicamente un niño necesita conocer sus antecedentes genéticos y familiares para formar su identidad. Saber quién es su padre o madre, es necesario para un adecuado desarrollo psicológico y estabilidad emocional.

11. Si bien la legislación establece el derecho a la procreación, incluida la que se obtiene por medio de la inseminación, debe entenderse que ese derecho no es absoluto y habrá de regularse tomando en cuenta otros derechos y las especiales circunstancias de cada caso.

12. La donación de gametos es generalmente un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado. Es claro que el donante no desea establecer una relación de filiación con el menor que nazca después de practicada la inseminación artificial. Él nunca manifiesta su voluntad de procreación, pero resulta que la legislación mexicana actual no regula la donación de semen, de manera que el anonimato del donante no está protegido por una norma de carácter general, por lo

tanto, los contratos que se establezcan no pueden contravenir a lo dispuesto en la legislación civil en materia de filiación.

13. La mujer tiene Derecho a ser inseminada con un esperma ya sea de donador conocido o anónimo, no tiene ningún impedimento legal a ser madre, soltera o casada, pero éticamente, no es lícito el traer un hijo sin padre, no por el hecho de ser madre, sustituya los derechos del hijo, como el de la filiación paterna y el de vivir dentro de un núcleo familiar.

14. El derecho de toda mujer a ser madre no es un derecho absoluto que exija su cumplimiento al margen del derecho del hijo a una vida ética, jurídica y socialmente estable. La maternidad y paternidad deben entenderse en función del hijo y no de los padres.

ANEXO A

Tipo de documento: Tesis aislada
Novena época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XIX, Mayo de 2004
Página: 1753

CONCUBINATO. PARA SU INTEGRACIÓN NO BASTA QUE SE TENGA UN HIJO EN COMÚN, SINO QUE ES NECESARIO, ADEMÁS, QUE LAS PARTES NO TENGAN IMPEDIMENTO LEGAL PARA CONTRAER MATRIMONIO Y QUE HAYAN VIVIDO EN COMÚN EN FORMA CONSTANTE Y PERMANENTE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). El artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal establece que el concubinato genera derechos y obligaciones entre la concubina y el concubinario cuando se actualizan los siguientes elementos: a) que no tengan impedimentos legales para contraer matrimonio; y, b) que hayan vivido en común en forma constante y permanente por un periodo mínimo de dos años que precedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. Asimismo, establece en su segundo párrafo una variante de integración del concubinato, que se actualiza cuando las partes tienen un hijo en común, aclarando dicho numeral, que en ese supuesto es innecesario el transcurso de dos años. Sin embargo, ello no significa que la sola procreación de un hijo genere el concubinato sino que es necesario que, además, se den los elementos antes mencionados, con excepción del relativo a los dos años.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 74/2004. 12 de febrero de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Indalfer Infante Gonzáles. Secretario: Mario Alejandro Moreno Hernández.

ANEXO B

Tipo de documento: Tesis aislada

Novena época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Junio de 1998

Página: 626

CONCUBINATO. LOS DERECHOS QUE PRODUCE ENTRE LOS CONCUBINOS SÓLO DURAN MIENTRAS LA RELACIÓN SUBSISTA.

A diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, relación civil en que los cónyuges se unen con el propósito de constituir una familia, de forma permanente, tanto así que para crearlo o disolverlo se requiere seguir ciertas formas establecidas por el derecho, y sólo puede conseguirse si lo sanciona una autoridad competente, el concubinato es la relación que se crea entre un hombre y una mujer, por el hecho de vivir como marido y esposa durante un término preestablecido por la ley, la que no puede dejar de reconocer que también de esta forma se constituyen lazos familiares de afecto y ayuda mutua, sobre todo si se procrean hijos; pero esta clase de vínculo sólo es reconocida por el derecho, mientras perdure la situación de hecho así creada. En este sentido, Marcel Planiol y Georges Ripert sostienen en el libro Derecho Civil, Editorial Harla, 3a. edición, Librería General del Derecho Jurisprudencial, París, 1946, página 8, que: "Quien vive en estado de concubinato, puede ponerle fin según su voluntad, sin que la otra persona con quien viva en este estado pueda invocar esa ruptura como fuente de daños y perjuicios.". Por tanto, los efectos que emanan del concubinato, tales como el derecho a heredar o a recibir alimentos, sólo se producen si esa relación subsiste al momento del deceso de uno de ellos, o al en que se solicitan los alimentos.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 9374/97. Pedro Antonio López Ríos. 12 de febrero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Georgina Vega de Jesús.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen XXV, Cuarta Parte, página 96, tesis de rubro: "CONCUBINA, ACCIÓN DE PETICIÓN DE HERENCIA EJERCITADA POR LA."

BIBLIOGRAFÍA

A LEMONNYER, TONNEAU Y TROUDE “Manual de sociología católica », Cía., editora nacional, México, 1934.

ADAME GODDARD, Jorge, “La bioética” II simposium ínter universitario, México, 2002.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, “Derechos humanos; enseñanza, aprendizaje, formación”, CNDH. México; 1993.

ALVAREZ CAPEROCHIPI, José A, “Curso de derecho de familia. Matrimonio y régimen económico”, Tomo I. Editorial Civitas. España; 1987.

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I. “Acerca del concepto de derechos humanos”, Mac Graw Hill. México; 1998.

BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín, “Filosofía del derecho”, Porrúa, México, 2001.

BIELSA, Rafael, “Los conceptos jurídicos y su terminología”, Editorial Depalma. Argentina; 1987.

BONET SÁNCHEZ, Cachón Blanco, **CISNEROS** Guillén y **FERNÁNDEZ** Merino, “Temas de derecho civil”, Vol. 1. Dikynson. España; 1999.

BOSSERT, Gustavo A. y **ZANNONI**, Eduardo, “Manual de derecho de familia”, 5ª edición, editorial Astrea, Argentina; 2003.

BRENA SESNA, Ingrid, (coordinadora) “Salud y derecho. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados”, UNAM, México, 2005.

Burgoa Orihuela, Ignacio “Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y amparo”, 6ª edición editorial. Porrúa, México. 2000.

CÁCERES NIETO, Enrique, “Las teorías jurídicas como realidades hermenéuticas”, UNAM, México; 2001.

CALÓ, Emanuele, “Bioética; nuevos derechos y autonomía de la voluntad”, Ediciones La Rocca, Argentina, 2000.

CANO VALLE, Fernando, “Bioética; temas humanísticos y jurídicos”, UNAM, México, 2005.

CARRILLO FLORES, Antonio, “La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos”, Porrúa. México; 1981.

CASTAN TOBEÑAS, José. “La justicia y su contenido a la luz de las Concepciones Clásicas y Modernas”_ Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 1967.

COLOMA, José María, “Léxico de política”, Editorial Laia. España; 1975.

COROMINAS J. V. Familia. “Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana”, Editorial Gredos, España; 1954.

DEL CAMPO, Salustiano, “Familias, sociología y política”, Editorial complutense, España; 1995.

DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco, “Instituciones de derecho privado”, Tomo IV. Familia. Vol. 1. Editorial Civitas. España: 2001.

DIEZ PICAZO, Luis y **GULLÓN**, Antonio, “Instituciones de derecho civil”, 2ª edición. Tecnos. España; 1998.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, “Derecho civil, parte general”, 7ª edición, Porrúa, México, 2000.

FIORAVANTI, Mauricio, “Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones”, 3ª edición. Editorial Trotta. España; 2000.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho civil, primer curso", 14ª edición, Porrúa, México, 1995.

GANGI, Calogero, "Derecho matrimonial", Editorial Aguilar. España; 1960.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, "Introducción al estudio del derecho", 5ª edición, Porrúa, México; 2002.

GARRONE, José Alberto, "Diccionario jurídico Abeledo-Perrot", Tomo II E-O. Argentina; 1986.

GRANERIS, Giuseppe, "Contribución tomista a la filosofía del derecho", Eudeba editorial universitaria de Buenos Aires, Argentina; 1949.

GUASTINI, Riccardo, "Estudios de teoría constitucional", UNAM y ediciones Fontamara. México; 2001.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, "Derecho de las obligaciones", 14ª edición. Porrúa. México; 2002.

HAGHENBECK ALTAMIRANO, Javier, "La bioética, un reto del tercer milenio", UNAM. México; 2002.

HART, H.L.A. "Post scriptum al concepto de derecho", Traducido por Rolando Tamayo y Salmerón, UNAM, México, 2000.

HERRANZ RODRÍGUEZ, Gonzalo, "Comentarios al código de ética y deontología médica", Editorial Eunsa, España, 1992.

HESSEN, J. "Teoría del conocimiento", Editorial Espasa Calpe, traducido por José Gaos, España; 1981

HINESTROSA, Fernando, "Concordato, matrimonio y divorcio", Ediciones Tercer mundo. Colombia; 1974.

HURTADO OLIVER, Xavier, "El derecho a la vida ¿y a la muerte?", Porrúa, México, 1999.

KELSEN, Hans, **BULIGYN**, Eugenio y **WALTER**, Robert, "Validez y eficacia del derecho", Editorial Astrea, Argentina; 2005.

KUTHY PORTER, José, **MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, Oscar y **TARASCO MICHEL**, Martha, "Temas actuales de bioética", Porrúa y Universidad Anahuac, México, 1999.

LINTON, Ralph, "Textos de sociología de la familia", Editorial Rialp, España; 1993.

LÓPEZ MAYORGA, Leonel Armando, "Introducción al estudio del derecho", Editorial Lovi, Guatemala, 2000.

MEJÁN, Luis Manuel, "El derecho a la intimidad y a la informática", Porrúa, México; 1994.

MONROY CABRA, Marco Gerardo, "Derecho de familia y de menores", 2ª edición. Librería jurídica Wilches. Colombia; 1991.

NOVOA MONREAL, Eduardo, "Derecho a la vida privada y libertad de información", Editorial Siglo XXI, México; 1979.

O'BRIEN, David M. "El derecho público a la información. La Suprema Corte de los Estados Unidos y la primera enmienda constitucional", Traducido por el licenciado Agustín Bárcena. México; 1983.

PACHECO E. Alberto, "La familia en el derecho civil mexicano", 2ª Edición; Panorama Editorial. México 1985.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "La dignidad de la persona humana desde la filosofía del derecho", Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de las Casas, Dykinson, España; 2002.

PLAZAS VEGA, Mauricio, "Del realismo al formalismo jurídico", Temis, Colombia; 1998.

PÉREZ CONTRERAS, María Montserrat, “Derechos de los padres y de los hijos”, Cámara de Diputados, LVII legislatura y UNAM, México; 2000.

PÉREZ DUARTE Y ÑORONA, Alicia Elena. Alimentos, “Diccionario de derecho civil y de familia”, Porrúa y UNAM, México; 2004.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Teoría del derecho”, 4ª edición, editorial tecnos, España; 2005.

Real Academia Española, “Diccionario de la lengua española”, Tomo a-g. Editorial Espasa -Calpe. España; 1992.

RÍOS ESTAVILLO, Juan José, “Derecho e informática en México. Informática jurídica y derecho de la informática”, UNAM, México; 1997.

RIOS ESTAVILLO, Juan José, “Derecho a la información y derechos humanos”, Porrúa y UNAM, México; 2003.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, “Compendio de derecho civil”, vigésimo sexta edición, Porrúa. México; 1995.

ROSS, Alf, “Hacia una ciencia realista del derecho”, Traducido por Julio Barboza, Abeledo Perrot, Argentina; 1961.

ROSS, Alf, “El concepto de validez y otros ensayos”, Traducido por Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, ediciones Fontamara, México, 1993.

SUÁREZ FRANCO, Roberto, “Derecho de familia”, 5ª edición, editorial Temis, Colombia; 1990.

TERÁN, Juan Manuel, “Filosofía del derecho”, 16ª edición, Porrúa, México, 2002.

TORTOLERO DE SALAZAR, Flor, “El derecho alimentario del menor”, Vadell editores, Venezuela; 1995.

VERNENGO, Roberto J. "Curso de teoría general del derecho", 2ª edición. Ediciones Depalma. Argentina; 1988.

HEMEROGRAFÍA

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. "Nuevo diccionario jurídico mexicano", Tomo D-H, Porrúa, México; 2000.

Gilda Waldman.- Revista mexicana de ciencias políticas y sociales.- (No. 98 y 99. Año XXV y XXVI; nueva época.- México), Oct. - Dic. 1979; Enero –Marzo 1980.

PABLO VIBES, Federico.- Revista La Ley, año LXIV, No. 137, Argentina, miércoles 19 de julio de 2000.