



Universidad Nacional Autónoma de México

Facultad de Derecho

**Problemática de las familias homoparentales en la legislación del
Distrito Federal.**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIATURA EN DERECHO

PRESENTA

DIANA PÉREZ RIVERA

ASESORA:

SUSANA MARTINA MOLINA VAZQUEZ

2013



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.



Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho



Dr. José Marcos Barroso Figueroa

Seminario de Derecho Civil

Facultad de Derecho

P r e s e n t e .

Por la presente me permito comunicar a usted que la Tesis de la alumna Diana Pérez Rivera con número de cuenta 306305687, cuyo título es "Problemática de las familias homoparentales en la legislación del Distrito Federal". La cual ha sido terminada y otorgándole mi voto aprobatorio, la remito a usted a fin de que el Seminario se sirva revisarla para su aprobación.

A t e n t a m e n t e

Lic. Susana Martina Molina Vázquez.

Asesora

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"

Ciudad Universitaria, a 16 agosto de 2013.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO: SEMCIV 45/2013
ASUNTO: Aprobación de Tesis.

**DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR, U.N.A.M.,
P R E S E N T E.**

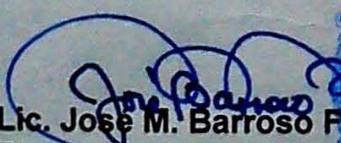
La alumna, **PÉREZ RIVERA DIANA**, quien tiene el número de cuenta **30630568-7**, elaboró bajo la asesoría y responsabilidad de la **Lic. Susana Martina Molina Vázquez**, la tesis denominada **"PROBLEMÁTICA DE LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES EN LA LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL."**, y que consta de **111** fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional. Dicha autorización no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., a 22 de agosto del 2013.


Lic. José M. Barroso Figueroa.
Director del Seminario. Turno Matutino.

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE

**Problemática de las familias homoparentales en la.....págs.
Legislación del Distrito Federal.**

Índice..... 1

Introducción. 3

Capítulo primero. Noción de Familia, Parentesco y Filiación. 5

- 1.1. Familia.
 - 1.1.1. Estructuras Familiares.
 - 1.1.1.1. Nuclear
 - 1.1.1.2. Extensa.
 - 1.1.1.3. Monoparental.
 - 1.1.1.4. Reconstruida.
 - 1.1.1.5. Heteroparental.
 - 1.1.1.6. Homoparental.
 - 1.2. Fuentes de la familia.
 - 1.2.1.1. Matrimonio.
 - 1.2.1.2. Concubinato.
 - 1.2.1.3. Parentesco.
 - 1.3. Parentesco como fuente de familia.
 - 1.3.1. Fuentes de Parentesco.
 - 1.3.1.1. Afinidad.
 - 1.3.1.2. Civil.
 - 1.3.1.3. Consanguínea.
 - 1.4. Filiación.
 - 1.4.1. Noción de filiación.
 - 1.4.2. Formas de establecer la filiación.
 - 1.4.2.1. Filiación consanguínea.
 - 1.4.2.2. Adopción.
 - 1.4.2.3. Reconocimiento de hijo.

Capítulo segundo. Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). 23

- 2.1. Antecedentes.
- 2.2. Reproducción Asistida.
 - 2.2.1. Sujetos que intervienen en la TRA.
 - Médico.
 - Solicitante.
 - Donante.
- 2.3. Inseminación Artificial.
 - 2.3.1. In vivo/ In vitro.
 - 2.3.2. Homóloga/ Heteróloga.
- 2.4. Sujetos que permiten distinguir las TRA.
 - 2.4.1. Padre genético y padre social.
 - 2.4.2. Madre genética y madre social.
- 2.5. TRA opción científica para acceder a la paternidad.

Capítulo tercero. Derechos sexuales y reproductivos. 37

- 3.1. Conceptos de derechos Sexuales y Reproductivos.
 - 3.1.1. Derechos sexuales.

- 3.1.2. Derecho reproductivo.
- 3.2. Contenidos de los Derechos Sexuales y Reproductivos.
 - 3.2.1. Derecho a la salud.
 - 3.2.2. Derecho a la vida privada.
 - 3.2.3. Derecho a la dignidad.
 - 3.2.4. Derecho a fundar una familia.
 - 3.2.5. Derecho de procreación.
 - 3.2.6. Derecho a la igualdad.
 - 3.2.7. Derecho a la no discriminación.
- 3.3. Marco jurídico Nacional e Internacional de Derechos Sexuales y Reproductivos.
 - 3.3.1. En el derecho internacional.
 - 3.3.2. En el derecho nacional.
- 3.4. Titulares de los derechos sexuales y reproductivos y de las técnicas de reproducción asistida.

Capítulo cuarto. Problemática de las familias homoparentales en la legislación del Distrito Federal..... 55

- 4.1. Las familias homoparentales.
- 4.2. Legislación.
- 4.3. Relaciones familiares en la Legislación del Distrito Federal.
 - 4.3.1. Familia.
 - 4.3.2. Matrimonio.
 - 4.3.3. Concubinato.
 - 4.3.4. Parentesco.
- 4.4. Actual clasificación de la filiación en la legislación del Distrito Federal.
 - 4.4.1. Filiación Civil o Adopción.
 - 4.4.2. Filiación consanguínea.
 - 4.4.3. Filiación por Reproducción asistida
 - 4.4.3.1. Diferencia con la filiación consanguínea.
 - 4.4.3.2. Diferencias con la filiación por adopción.
 - 4.4.3.3. Diferencia de la filiación derivada de las TRA.
 - 4.4.3.3.1. El consentimiento en la reproducción asistida.
 - 4.4.3.3.1.1. Médico.
 - 4.4.3.3.1.2. Donante.
 - 4.4.3.3.1.3. Receptor.
 - 4.4.3.3.2. Reconocimiento de hijo.
 - 4.4.3.3.3. Presunción de Paternidad.
 - 4.4.3.3.4. Madre y Padre legal.
- 4.5. Propuestas de la sustentante.
 - 4.5.1. Los consentimientos en la reproducción asistida.
 - Reconocimiento de hijo.
 - 4.5.2. Voluntad procreacional, distinguiendo progenitores biológicos y padres sociales.

Conclusiones..... 93

Bibliografía..... 97

Anexos..... 101

INTRODUCCIÓN

El derecho no está llamado a definir la realidad, sino a proteger las realidades que poseen una entidad propia, por ello en aras de cumplir esa función el derecho debe hacerse de los conocimientos necesarios para lograr una interpretación dinámica, y así soportar los cambios de la sociedad que pretende normar.

Las familias homoparentales son una realidad en México y en el mundo, las cuales hasta ahora, supone un tema frontera para el derecho. Pero a fin de entablar discusión que fructifique en soluciones adecuadas para la protección de las familias y de los menores que en ellas crecen, es necesario liberarse de supuestos conminatorios o moralizantes, y hacer un profundo estudio interdisciplinario que brinde herramientas para entender la función que cumplen los lazos familiares en los núcleos sociales y poder en verdad normar en aras de la protección familiar.

Intentar brindar una perspectiva amplia de los aspectos que envuelven las principales problemáticas a las que se enfrentan las familias homoparentales para constituir y asegurar sus lazos de filiación, es el objetivo del presente trabajo para lo cual se hace la concatenación de un concepto de trascendencia como lo es familia, con conceptos del parentesco desde la antropología, así como los del avance de la tecnología médica, ambos inmersos en un marco internacional de derechos sexuales y reproductivos pertenecientes a una cuarta generación de derechos humanos. Planteado como estos han impactado en el sistema normativo vigente -para el caso de éste estudio únicamente en el Distrito Federal-. Para tener una referencia más concreta de la estructura de este trabajo presentaré someramente a cada uno de los capítulos.

En el primer capítulo se pretende hacer énfasis en cómo una “positivización de las relaciones familiares”, es decir su reglamentación precisa, se ha ido transformando a través de la historia para ser la respuesta de una sociedad en un momento y lugar determinados.

El segundo capítulo explica el avance científico en materia de reproducción humana asistida, específicamente en cuanto al entendimiento de las dos principales técnicas de reproducción asistida -homóloga y heteróloga- las cuales se aplican por un acto de voluntad de quien solicita el auxilio médico.

El tercer capítulo, plantea el avance de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos. Derechos que son ejercidos libremente por los sujetos, y su suma nos colocan en el supuesto que toda persona ejerciéndolos, decide su identidad sexual -derechos sexuales- y si quiere o no procrear -derechos reproductivos-. Por tanto cada sujeto tiene derecho a conformar una familia sin importar su identidad sexual.

En el cuarto capítulo se plantea la problemática jurídica de las familias homoparentales en el Distrito Federal, comenzando con una breve transcripción del articulado referente a cada una de las instituciones, haciendo un breve comentario para señalar cuales son a mi consideración las ausencias más evidentes en materia de relaciones familiares. Finalizando con dos apartados en una serie de propuestas de la sustentante sobre estas problemáticas, resumiendo: El consentimiento expresado previamente y por escrito en la reproducción asistida para constituir un lazo filial, para así reconocer la voluntad procreacional en la legislación.

CAPITULO PRIMERO

Familia, Parentesco y Filiación.

El núcleo primordial en el que se desarrolla el ser humano es la Familia, el parentesco es el tronco común que une a esa familia mediante lazos de filiación normados en un sistema recíproco de derechos y obligaciones, determinados jurídica y socialmente.

Pero en las últimas décadas cambios de valores, comportamientos, identidades y avances científicos han alcanzado a la Familia. Así Pablo Ceccarelli, nos cita como ejemplos: cambios respecto de la paternidad y crianza de los hijos (alteraciones en el sistema de atribución del apellido, padres adoptivos, padres artificiales, monoparentalidad, homoparentalidades) las modificaciones en las condiciones de procreación (procreación artificial, donante de esperma anónimo, vientre en alquiler, embriones congelados).¹ Estos cambios sociales especialmente para el derecho requieren el replanteamiento de principios jurídicos, Alicia Pérez Duarte nos dice: *“solamente las técnicas de fecundación nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos los principios que rigen la*

¹Cfr. CECCARELLI, Pablo Roberto. Homoparentalidades: Nuevas familias. "Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad" Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer, Argentina, 2007 p. 139.

*filiación, porque no solo complican la investigación del vínculo filial sino que desarticulan los conceptos de maternidad y paternidad.*²

Las transformaciones comentadas nos hacen imposible evitar el planteamiento de ausencias normativas del parentesco, por lo que el propósito de ésta tesis es la búsqueda de soluciones incluyentes evitando provocar nuevos conflictos para el ordenamiento jurídico. Así lo primero que debemos considerar es a la familia como institución social y para facilitararlo en éste primer capítulo se tratan de identificar las diversas formas de composición familiar en México, además de dilucidar conceptos de paternidad y maternidad.

1.1. Familia.

Alicia Pérez Duarte, nos dice, *“todas las familias humanas varían de comunidad en comunidad y aún de familia en familia dentro de una misma sociedad,”*³ así, la familia se representa en determinado tiempo y lugar, con lo que pretendemos afianzar la idea de la familia se modifica en forma, contenido y tamaño a medida que la sociedad se modifica, sin dejar de ser el grupo primario de cualquier sociedad.

La familia es una institución, y la Institución para Recasens Siches es *“la idea -que cubre determinadas necesidades para un grupo- que se le ha ocurrido a una persona o a varias, que germina en un grupo de conciencias, impulsando a sus sujetos a poner en práctica comportamientos -valoraciones, principios, usos, costumbres, convencionalismos- con lo cual surge una organización de estructuras, que se interiorizan en las conductas de los hombres que la componen”*.⁴ Así pues, la institución no está determinada por la naturaleza sino

² PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2a Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2007. p. 233.

³ ídem.

⁴ RECASENS SICHES, Luis. Sociología, 14° Ed. Ed. Porrúa. México. 1976. p. 432

por uso y costumbres, que a través de esquemas provisionales de comportamiento se convirtieron en definitivos.

Retomando a la familia, Recasens Siches señala que la familia como institución fue creada y configurada por la cultura para cumplir funciones morales, religiosas, culturales, técnicas.⁵ Una clasificación hecha por otros autores, con la que igualmente concordamos, señalan que la familia se caracteriza por cuatro funciones: *“la sexual y/o económica y/o reproductiva y/o educativa,”*⁶ sin que la falta de alguna de estas características niegue el carácter de familia a una que no lo tenga.

El fenómeno de la familia radica en la unión, porque supone por un lado la alianza (el matrimonio o concubinato) y por otra una filiación (los hijos) asimismo un marco del reconocimiento social, es decir, una pluralidad de familias dispuestas a reconocer la existencia de otros vínculos al margen de los lazos de la consanguinidad y del proceso de la filiación.

A pesar de los cambios de la época, la familia continua como el grupo que se protege entre sí, pero ahora la sociedad atribuye una connotación afectiva como factor para la permanencia del núcleo familiar, sustentándolo en que *“independientemente de su origen, la familia, es trascendente en la vida de todo ser humano, porque en ella encuentra paz, seguridad, cariño, amor, estabilidad, comprensión, solidaridad y lealtad.”*⁷ Así, que la familia se encuentre basada en leyes de alianza y filiación, con connotaciones afectivas abriendo la institución familiar a diversos modos de parentalidad.

⁵ Cfr. Ibídem. p. 466.

⁶ MELFORD E. Spiro. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. “¿es universal la familia?”. 2a Ed. España. 1976. págs. 50-73.

⁷ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el derecho familiar? 3a Ed. Ed. Promociones Jurídicos y Culturales. México. 1987.

Conceptos de familia

En cuanto a su etimología la palabra familia “*procede de la voz familia, por derivación de famulus, que a su vez procede del osco famel, que significa siervo, y, más remotamente, del sánscrito vama, hogar o habitación, significando, por consiguiente el conjunto de personas y esclavos que moraban con el señor de la casa*”,⁸ de lo que nos percatamos es que la palabra familia no significaba la mezcla de sentimentalismo y de disensiones domésticas que se le presentan actualmente.

La palabra familia nos dice Navarro Viñuales, es un término polisémico, que escapa a la semántica por su amplio significado al englobar a todo lo familiar (personas, institución, grupo), por lo que no podemos señalar un único concepto de familia⁹, por lo tanto sí la familia, tiene un carácter relativo, en cuanto que se sujeta a la evolución social concreta en un momento histórico determinados, no se puede señalar un único concepto de familia que abarque todas las formas de su constitución, sin embargo de esa variedad de conceptos y tipos familiares están caracterizados por una especie de notas comunes -convivencia, solidaridad, afectividad, lazos emocionales, permanencia y publicidad- las cuales hacen posible hablar de la familia en términos generales.

La familia puede encontrarse definida desde diversos puntos de vista que abren la posibilidad de analizar múltiples conceptos, como son:

Concepto sociológico, Esta rama del conocimiento considerar a la familia como una institución social de miembros que yacen unidos por lazos consanguíneos, y los individuos que se encuentran sujetos a ellos por intereses económicos, religioso o de ayuda.

⁸ CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia. Tomo Quinto. 9a Ed. Editorial Reus. S.A., España. 1976. Págs. 23-25

⁹ NAVARRO VIÑUALES, José. El nuevo derecho de familias. "modificaciones legislativas y tendencias doctrinales". Ed. Civitas. España. 2006.

*Concepto antropológico, “La familia puede definirse como una pareja casada u otro grupo de parientes adultos que cooperan en la vida económica y en la crianza de los hijos, la mayor parte de los cuales, o todos en una morada común.”*¹⁰

Concepto jurídico, No encontramos una definición de familia en la ley pero podemos desprender de la legislación vigente que, “*es un grupo de personas que viven bajo un mismo techo, con vínculos consanguíneos o no, que comparten un modo de sustento económico y social*”¹¹, este concepto genérico, hace suponer que la familia se define según lo defina la sociedad en un momento determinado, que se constituye a través de la instituciones de matrimonio y concubinato, con las implicaciones en determinados derechos y obligaciones.

Así familia es la palabra utilizada para designar un determinado grupo social, que encuentra origen en la cohabitación permanente y pública, que se le atribuyen características como apoyo económico y afectivo. Y que la sociedad acepta mediante el reconocimiento de derechos y obligaciones recíprocos a sus miembros.

1.1.1 Estructuras Familiares.

La única característica de las estructuras familiares que es realmente universal es la diversidad de sus estructuras, y debemos estudiarlas considerando, como nos señalan los estudiosos de la materia “*factores diversos como: los sociales, económicos, jurídicos, religiosos, históricos, etcétera.*”¹² Las estructuras familiares son sistemas de parentesco organizados para unir a los miembros de un grupo a

¹⁰ KATHELEEN GOUCH. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. “El origen de la familia”. 2ª Ed. España. 1976. págs. 112-153.

¹¹ NOTICIAS CLAM. Familias en plural. [En línea], Brasil. 2011. [Citado 11/11/12], Centro latino-americano em sexualidade e direitos humanos. Disponible en: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate>

¹² LEVI-STRAUSS. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. “La familia”. 2a Ed. España. 1976. p. 17

través de vínculos de afinidad, ficticios –civiles- y consanguinidad. Hoy podemos nombrar diversas formas de configuración de estructuras familiares, partiendo del número y organización de los individuos que la conforman a decir son: restringida, extensa, monoparental, reconstruida.

Familia restringida, -estricta o nuclear- Alicia Pérez Duarte nos dice: es el “grupo formado por la pareja de adultos que hayan procreado y vivan con su prole.”¹³

Familia extensa se dice del grupo de personas con alguna relación de parentesco entre sí, o al hogar compuesto por tres generaciones o más. Fox Robin señala que es el conjunto de personas ligadas a través de parentesco consanguíneo o afinidad, donde todos los miembros pretenden descender de un antepasado común.¹⁴

Familia monoparental o uniparental, Atendiendo a las características sociales actuales tenemos una tendencia a la construcción de la familia basada en un solo miembro, desde la palabra Monoparental hacemos referencia “solo el padre o la madre y los hijos.”¹⁵ Así la mujer que decide bien ser “madre soltera” o el “padre soltero” es quien se hace cargo de los hijos.

Y la *Familia reconstruida* que es aquella en la cual encontramos una pareja recientemente constituida, donde ambos o uno de miembros de la pareja tienen hijos de relaciones anteriores.

A partir que en la legislación del Distrito Federal se retiró la procreación como finalidad del matrimonio, y posteriormente la reforma que permite a personas del mismo sexo unirse en matrimonio, se han visibilizado tipos de conformación familiar con base en identidades sexuales diversas, lo que trae un polémica pues

¹³ PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. Ob cit. p. 21

¹⁴ Cfr. FOX, Robín. Sistemas de parentesco y matrimonio. Ed. Alianza. España. 1967. p. 38.

¹⁵ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ava Ed. Ed. España. 2001. págs. 10-28.

cuestiona el imaginario social que fija la familia a lo biológico y "deconstruye" la idea tradicional de familia.

Precisamente tomando como base la identidad sexual podemos nombrar estructuras familiares; Es importante recordar que sin importar la identidad sexual de los miembros de la familia, estas se encuentran enmarcadas en la clasificación de estructuras familiares que atienden a los miembros que la conforman.

La Familia *heteroparental*, conformada por una pareja heterosexual casados o en concubinato que cohabitan y tiene descendencia.

La Familia *homoparental*. Como bien señala Roudinesco, la "homoparentalidad": *"testimonia una práctica novedosa de engendramiento y la procreación...por ridiculizar el principio de la diferencia sexual sobre el cual se apoyaba hasta ese momento la célula familiar"*¹⁶. Y hace referencia a una familia conformada por una pareja casadas o en concubinato, de identidad sexual diversa a la heterosexual, que cohabitan y tienen descendencia.

Eva Rotenberg, señala que *"las Homoparentalidades dan cuenta de uno de los modos de parentalidad que se denomina Nuevas Configuraciones Vinculares, siendo, una realidad que se produce dentro de un contexto de cambio histórico enmarcado en concepciones filosóficas, sociales y científicas que conducen a la modificación jurídica."*¹⁷ Cambios sociales como de padres o madres separados que teniendo descendientes engendrados en una relación heterosexual deciden continuar su trayectoria familiar con una pareja de su mismo sexo, posibilidad de adopción homosexual, etc. Pero los avances científicos especialmente en materia de reproducción asistida abren un sin fin de posibilidades para acceder a las paternidades o maternidades que años atrás no se hubieran pensado, de acuerdo

¹⁶ ROUDINESCO, E. La familia en desorden. Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2003. p.173.

¹⁷ ROTENBERG, Eva. Homoparentalidades: Nuevas familias. "La homosexualidad y el deseo de un hijo: su impacto en la parentalidad" Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer, Ed. Lugar. Argentina, 2007. p.101.

con los casos: donación anónima de esperma e inseminación artificial para las mujeres, proyectos de coparentalidad, maternidad subrogada con inseminación de material genético de uno o ambos padres para los hombres; especificidades que en su momento analizaremos con una perspectiva científica y biológica.

Por último nombraremos estructuras familiares que son reconocidas socialmente según el estatus jurídico de los miembros la familia, así sabemos que el matrimonio no es el único que crea vínculos familiares, sino que las uniones de hecho también crean efectos jurídicos, como a continuación analizaremos.

1.1.2. Fuentes de la familia.

Las fuentes del núcleo familiar son aquellas en las que la sociedad otorga algún tipo de reconocimiento, razón por la cual las estudiaremos desde la consolidación social de los lazos de afinidad; así la primera fuente del núcleo familiar es el matrimonio, posteriormente el concubinato y finalmente el parentesco.

1.1.2.1. Matrimonio.

La institución del matrimonio significa el conjunto de normas, sociales y jurídicas, que se crean a partir de la voluntad de los consortes para constituir una familia y realizar un estado de vida.

Recordando que el matrimonio como institución social se modificada constantemente para adaptarse a las necesidades sociales, en un momento y lugar determinados. Así el matrimonio en el Distrito Federal se alejo de tener su fin en la procreación y fundamento en la heterosexualidad, haciendo de la definición jurídica tradicional amplia e incluyente, así el matrimonio *“es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida”*¹⁸.

¹⁸ Artículo 146. Código Civil para el Distrito Federal. Fecha de publicación en D.O. 26/05/1928. fecha de modificación en G.O. 23/07/2012.

El matrimonio es una creación social, considerada la fuente del núcleo familiar, pero no por eso la única, ni la más extendida a lo que Levi-Strauss nos dice que *“todas las sociedades poseen algún sistema que les permite distinguir entre las uniones libres y las uniones legítimas”*¹⁹, por lo que nos encontramos con la siguiente fuente de familia.

1.1.2.2. Concubinato.

El matrimonio fue por mucho tiempo la única fuente reconocida jurídicamente de familia. Pero como las “uniones libres” fueron en aumento, debió preferirse la seguridad jurídica de las familias constituidas en el concubinato y a pesar de la renuencia a la aceptación, tuvo que reconocerse al concubinato como otra forma de creación de los vínculos familiares y de parentesco.

Güitron Fuentevilla da constancia del hecho diciéndonos que *“El concubinato es una situación de hecho practicado, la cual produce consecuencias jurídicas a favor de los hijos y muy pocas en relación a los concubinos. Un gran número de familias mexicanas se han formado en el concubinato.”*²⁰

1.1.2.3. Parentesco.

Vistos el matrimonio y el concubinato, estudiaremos el parentesco como fuente de familia y ya que es considerado como la fuente principal de la familia, por ser portador de las más importantes consecuencias jurídicas, que son los derechos y obligaciones entre personas que mantiene una relación afectiva permanente y de ellos con sus hijos; estos últimos los que nos son de más interés puesto que es el vínculo creado para las obligaciones que surgen con el nacimiento. Razón por la cual debe estudiarse en un apartado especial.

¹⁹ LEVI-STRAUSS. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. Ob cit. p. 22.

²⁰ GÜITRON FUENTEVILLA, Julián ¿Qué es el derecho familiar? Ob cit.

Recordando a fin de puntualizar el próximo apartado, los vínculos de parentesco se consolidan a través de lazos de afinidad, civiles y consanguíneos.

1.2. Parentesco como fuente de familia.

1.2.1. Noción de Parentesco.

La etimología de parentesco proviene de *“del latín parentes (plural de parens,-tis) el padre y la madre; Parns es principio activo del verbo latino pario, ere "parir". Provenzal, originalmente entendida como "parentela de los parientes", procede de parentes, de igual significado, y en el lenguaje familiar personas de la misma familia.”*²¹

En su concepto más corriente el parentesco son las relaciones entre parientes, es decir, personas emparentadas por afinidad, civil o consanguinidad. Galindo Garfias define al parentesco como *“el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro, o entre el adoptante y el adoptado; un sistema de parentesco delimitado socialmente”*²² de este modo el parentesco se presenta como una serie de normas que regulan la conducta de parientes entre sí, para determinar quien sucede a quien, así como posibilidades e imposibilidades matrimoniales.

Así el parentesco *“es el vínculo existente entre las personas que descienden unas de otras o de un progenitor común. El derecho toma en cuenta estas fuentes primarias de la relación humana y crea otras más, independientemente de los datos biológicos, para configurar su propio concepto de parentesco. Es la relación*

²¹ COUTURE, J. Eduardo. Vocabulario jurídico. 4a reimp. Ed. Palma. Argentina, 1991. p.442.

²² GARFIAS GALINDO, Ignacio. Estudios de derecho civil. 3a edición. Ed. Porrúa. México. 1997. p. 228.

jurídica que establece entre los sujetos en razón de la consanguinidad, de la afinidad o de la adopción."²³

1.2.2. Fuentes de Parentesco.

Tradicionalmente, en los estudios de parentesco, se han distinguido dos fuentes para la constitución de parentesco, la consanguinidad y la afinidad, agregándose más tarde a esta la ficticia o civil.

1.2.2.1. Afinidad.

El parentesco por afinidad es el nexo jurídico entre un cónyuge y los parientes del otro, así podemos encontrarlo definido como *"la relación de parentesco surgida del matrimonio de dos personas, que no solo vincula a los cónyuges, sino también a sus respectivos parientes consanguíneos (abarcando un ámbito cuya extensión varía de sociedad en sociedad).*"²⁴

1.2.2.2. Civil.

El parentesco ficticio o civil, son aquellos nexos jurídicos reconocidos por el derecho aunque diste de la realidad biológica. Fox Robín nos dice *que "las ficticias son las relaciones de parentesco en las que no se tiene una conexión genética efectiva,"* ²⁵ el ejemplo más claro es la adopción donde se trata de imitar a la naturaleza, para hacer nacer una relación de parentesco entre dos personas. Por lo tanto la figura de la adopción está dirigida principalmente a la protección de las personas, así como a crear una familia donde por diversas circunstancias no ha

²³ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 3a edición. Ed. Porrúa. México. 2007. p.2323.

²⁴ JAUREGUI, Jesús. Las relaciones de parentesco. Nueva Antropología, México, núm. 10. enero 1982, p. 184

²⁵ FOX, Robín. Sistemas de parentesco y matrimonio. Ob cit. .p.32

surgido y en el que la expresión de la voluntad es forzosa para que surta los efectos que se le atribuyen.

1.2.2.3. Consanguínea.

El parentesco consanguíneo, *"Es la relación que establece que una persona es descendiente de otra(s), y que no siempre se trata de una descendencia biológica, sino del reconocimiento social de la relación de descendencia."*²⁶

En la actualidad en el Distrito Federal, hay una tendencia de equiparación de la adopción y de reproducción asistida, al parentesco consanguíneo; al considerarse el acto volitivo de las partes para atribuirse el carácter de padre o madre, lo que aunado a los avances de la ciencia da lugar a distintas probabilidades o vías para consolidar lazos de parentesco.

1.3. Filiación.

El maestro Rojina Villegas distingue en la filiación dos contenidos: en sentido amplio y estricto. En sentido amplio, *"comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; comprendiendo a todas las generaciones que descienden las unas de las otras. –parentesco adquirido por lazos consanguíneos o de afinidad- En sentido estricto es la Relación entre progenitor y el hijo, de la que surgen un conjunto de derechos y obligaciones"*.²⁷

El concepto jurídico actual de filiación es en sentido estricto: *"la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la*

²⁶ JAUREGUI, Jesús. "las relaciones de parentesco Ob cit. p. 183

²⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia. 2a edición. Ed. Antigua librería robredo. México. 1964. p. 429

*familia...*²⁸ Concepto de filiación construido sobre la “certeza” biológica de la paternidad, que sustenta la relación paterno-filial como proceso lógico derivado de la unión sexual entre un hombre y una mujer, pero ahora deben considerarse circunstancias de tipo emergentes relacionadas al avance científico, que desencajan la dependencia de la filiación con respecto al hecho biológico. Considerando que hoy en día tener hijos es el resultado de una elección libre y desvinculada de la sexualidad, como analizaremos posteriormente; pero antes debemos considerar a la filiación como Institución.

La filiación es una de las instituciones más cargadas de componentes culturales. Su construcción como señala Méndez Acosta *“satisface el interés social de protección de la familia constituida, la protección del menor, además de responde a la exigencias de orden social que reclama la determinación legal de los efectos jurídicos que surgen con el nacimiento.”*²⁹ La protección a la familia constituida y al menor, hace de la filiación un comportamiento socialmente apreciado y reconocido a fuerza de constricción social; que es reconocido en ordenamiento jurídico para determinar los lazos de filiación, a través de la atribución normada de la paternidad y así adquieran solidez. Méndez Acosta, lo sustenta considerando a la filiación como un estado de familia -situación permanente que el derecho reconoce- y que explica: *“el estado de familia, tiene la mayor jerarquía dentro del parentesco por ser portadora de las más importantes consecuencias jurídicas que son los derechos y obligaciones que de ella resultan y que conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus padres y, lógicamente, a éstos con aquel.”*³⁰

La determinación de la calidad de padre o madre, para atribuir la filiación paterna y/o materna, es decir, la paternidad. En cuanto a la madre la calidad se construye sobre el vínculo biológico que se produce en el periodo de gestación; en cuanto al padre en su papel en la reproducción no puede ser sostenida en la certeza

²⁸ Artículo 338. Código Civil para el Distrito Federal. Fecha de publicación en D.O. 26/05/1928. fecha de modificación en G.O. 23/07/2012.

²⁹ MENDEZ ACOSTA, María Josefa. La filiación. Ed. Rubinzal y Culzoni. Argentina. 1968. p14

³⁰ MENDEZ ACOSTA, María Josefa. La filiación. Ob cit. p.13

biológica, razón por la cual desde la antigüedad se ha establecido en base a presunciones legales o actos de voluntad. Pero sobre ambos recaen diversos roles culturales en los que toma especial importancia la relación socio-afectiva, que los convierte en figuras fundamentalmente jurídicas. Pues se traducen en el deber del padre y/o la madre de cumplir con la educación y protección de sus hijos. Como señala Roudinesco, la paternidad es: “*la forma concreta de una obligación primordial,*”³¹ resultado de la suma de componentes legales, educativos y afectivos.

Es ahora cuando debemos considerar cuestiones emergentes para el ordenamiento jurídico en la atribución de la paternidad por dos cuestiones: la filiación no es indemne a los cambios sociales y como vemos no sólo está ligada a lo biológico, pues como plantea el mismo ordenamiento jurídico la paternidad se basa, sí, en el hecho biológico de la procreación, pero también en la apreciación de actos de voluntad como es la adopción o la adquisición de la paternidad a través de la reproducción asistida.

1.3.1. Formas de establecer la filiación.

La filiación se establece a través de lazos consanguíneos, sus presunciones o de la expresión de la voluntad (adopción o reconocimiento).

1.3.1.1. Consanguinidad.

Galindo Garfias define la filiación consanguínea como la manifestación jurídica del hecho biológico de la procreación.³² Y que en sentido estricto se explica con la certeza biológica de la maternidad y la aplicación de una presunción de paternidad a la pareja estable de la madre.

³¹ ROUDINESCO, E. La familia en desorden, Ob cit. p.119

³² Cfr. GALINDO GARFIAS, Ignacio. Estudios de derecho civil. Ob cit. p. 228.

1.3.1.2. Adopción.

La filiación por voluntad, afectiva o legal *“es una construcción del derecho, un acto que imita al del engendramiento y cuya similitud con éste se halla reconocida por la ley”*.³³ Por lo que actualmente el concepto de filiación se aplica a personas que no están relacionadas biológicamente, cuyo significado ha ido avanzando hasta el punto de quedar equiparada con la filiación consanguínea.

La adopción se ha entendido *“como un cauce o vía para realizar los deseos y las aspiraciones de los matrimonios sin hijos y también como cauce para la posible sociabilización de los niños abandonados o recogidos de establecimientos benéficos.”*³⁴

1.3.1.3. Reconocimiento de hijo.

Otra forma de establecer un lazo filial es a través del reconocimiento del hijo y cuyo concepto doctrinal podemos encontrar como:

Rojina Villegas concibe al reconocimiento como un *“acto jurídico unilateral o plurilateral, solemne, irrevocable por virtud del cual se asume, por aquel que reconoce y a favor del reconocido, todos los derechos y obligaciones que atribuye la filiación.”*³⁵

Rafael de Pina lo define como *“el acto en virtud del cual quienes han tenido a un hijo, declaran conjunta o separadamente que lo aceptan como suyo.”*³⁶

³³ CHAVEZ ASECIO, Manuel. La familia en el derecho. 4a ed. Ed. Porrúa. México. 1997.

³⁴ Diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa. México. 2007.

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil. Ob cit.

³⁶ PINA VARA, Rafael de. Elementos de derecho civil mexicano. Ed. Porrúa. México. 2000.

Así, el reconocimiento es la manifestación de voluntad de uno u ambos progenitores, que aceptan expresa o tácitamente las consecuencias de la creación del lazo de filiación, es decir, el derecho-deber recíproco entre ambos sujetos de filiación, alimentos, sucesión legítima y tutela legítima, ejercicio de patria potestad, entre otras.

El reconocimiento de hijo es un acto meramente declarativo, aceptado por la ley como título de determinación de la filiación por consanguinidad, la cual presume la coincidencia entre filiación biológica y filiación reconocida, aunque en la práctica no en todos los casos coincidan ambas.

Pero el reconocimiento, tiene como elemento necesario -aunque no exclusivo ni único- para quedar determinado legalmente, la concurrencia de uno o ambos padres a través de los medios que la ley dispone, para declarar que efectivamente el hijo del que se trata es suyo.

1.3.1.3.1. Reconocimiento expreso.

Así *"el reconocimiento de un hijo es un acto jurídico familiar por el cual una persona declara que otra es hijo suyo,"*³⁷ puede efectuarse conjuntamente por ambos progenitores, normalmente en el levantamiento del acta de nacimiento. Pero hay formas contempladas en la ley:

*"el reconocimiento de hijo deberá hacerse por alguno de los medios siguientes: En la partida de nacimiento, ante el juez del Registro Civil, por acta especial ante el mismo juez, por escritura pública, por testamento y por confesión judicial directa y expresa".*³⁸

³⁷ MENDEZ ACOSTA, María Josefa. La filiación Ob cit. p. 213

³⁸ Artículo 369. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

1.3.1.3.2. Reconocimiento tácito.

Agregamos el reconocimiento tácito, puesto que la ley contempla que aunque no haya el reconocimiento legal por alguno de los medios antes mencionados, el menor puede ser reconocido constantemente como hijo y su tutor, él mismo o sus descendientes posteriormente pueden solicitar un juicio de reconocimiento de paternidad o maternidad alegando lo que en la legislación encontramos como el Estado de hijo.

Elena Pérez Duarte señala que la posesión de estado de hijo se demuestra con la fama y el trato, es decir, se deberá probar que el niño ha sido tratado por el presunto padre o por la familia de éste como si fuera efectivamente su hijo y que a su vez dicho «varón» haya atendido a su subsistencia, educación y establecimiento.³⁹

En cuanto a la conceptualización de la familia, basada en el parentesco biológico como hemos señalado se encuentra rebasada por la realidad puesto que no comprenden todos los tipos de familia existentes en la actualidad, con lo que quiero decir que no se toma en consideración a las familias homoparentales. Ya sean constituidas legalmente a través del matrimonio o a las constituidas de hecho y que además logran las paternidades o maternidades, por medio del auxilio científico.

Es indispensable considerar el avance de la tecnología reproductiva y al mismo tiempo de los derechos sexuales y reproductivos tan en boga en el presente siglo, porque estos dos factores son efectivamente los que plantean las necesidad de cambios paradigmáticos en el derecho de familia.

³⁹ Cfr. PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. Ob cit. p. 255

CAPITULO SEGUNDO

Técnicas de Reproducción Asistida (TRA).

2.1 Antecedentes.

Antes de comenzar a definir lo que son las técnicas de reproducción asistida debemos hacer una separación metodológica: las TRA, persiguen una finalidad inmediata y una mediata, la inmediata es lograr una fertilización, con la cual se pretende la finalidad mediata: el nacimiento de un hijo. Lo que se pretende en este capítulo es hacer un somero desarrollo sobre la finalidad inmediata, ya que abundar en conceptos y técnicas de reproducción asistida permite hacernos una idea general de los paradigmas que el avance de la ciencia trastoca, y que suponen un reto para el ordenamiento jurídico. Así generando difusión del conocimiento se genera dinámica en su discusión, ya no para la legislar en materia de Reproducción Asistida que tanta falta hace, sino en la finalidad mediata de las TRA que es el nacimiento de un ser humano y la necesidad de asegurarle la certeza de sus lazos filiales.

Al analizar las posibilidades de fecundación sin contacto sexual debemos tomar en consideración que su utilización cuenta con una larga historia; con registros en la Edad Media de ensayos de fertilización en vegetales, posteriormente inseminación aplicada en animales de granja. En el siglo XV, se le atribuyen al Doctor Arnaud de Villeneuve el desarrollo de las primeras experiencias de inseminación artificial en seres humanos como medio para superar la infertilidad del ser humano. Pero es hasta el siglo XVIII, en Inglaterra, cuando se registro el primer resultado positivo de inseminación, in vivo y homóloga, por el médico J. Hunter, (1728-1793) hecho

trascendente en la historia de la humanidad porque por primera vez la ciencia sustituía al hombre y remplazaba un acto sexual por una acción médica.

La reproducción asistida no fue la excepción del constante desarrollo que caracteriza a la investigación científica, después de los primeros resultados positivos en Inglaterra el uso de las técnicas fue siendo cada vez más recurrente y prueba de esto es que ya para en 1940 se estableció formalmente en Estados Unidos el primer banco de semen, motivado durante la segunda guerra mundial por el envío masivo de semen de soldados al frente de batalla para la inseminación de sus esposas en Estados Unidos.

A partir de 1950, en el momento en que las técnicas de contracepción científica reemplazaban lentamente las antiguas prácticas espontáneas, se perfeccionaron los primeros tratamientos contra la esterilidad.⁴⁰ El siguiente acontecimiento de gran importancia en materia de reproducción asistida es marcado en 1970, cuando la Inseminación Artificial Conyugal, (inseminación homóloga) demostró su ineficacia ante una esterilidad masculina total, y se optó por reemplazar el semen defectuoso por otro, anónimo, perteneciente a un tercero que no era el genitor, lo que llevó a las primeras aplicaciones de la inseminación Heteróloga.

Posteriormente intentando tratar las esterilidades femeninas vinculadas especialmente a las enfermedades de las trompas de falopio, se dio con la fecundación *in vitro*, que como señala Roudinesco “*permitía tratar en este caso, la fecundación con el semen del padre o de un donante anónimo realizado en una probeta, por tanto fuera del cuerpo de la «madre» y tras la fecundación, el huevo era reimplantado en el útero materno*”.⁴¹ Técnica controvertida en su momento, pero en 1978 nació en Gran Bretaña la primer “bebé de probeta” Louis Brown, la cual actualmente tiene 35 años, en perfecta salud y progenitora sin la aplicación de técnicas de reproducción.

⁴⁰ Cfr. ROUDINESCO, E. La familia en desorden. Ob cit. p.174

⁴¹ ROUDINESCO, E. la familia en desorden. Ob cit. p. 175.

2.2 Reproducción Asistida.

Se denomina reproducción asistida, a las "*manipulaciones medicas realizados con gametos masculinos y femeninos para buscar la concepción cuando ésta no se puede o quiere realizar a través de la cópula.*"⁴²

Como señala Guzmán Avalos, se denomina asistida porque: "*se requiere de la intervención de personal especializado para su realización, a través de una serie de técnicas médico-científicas con las que se pretende obtener la concepción de la vida de un modo diverso al natural.*"⁴³ Las técnicas de reproducción asistida utilizadas comúnmente son: Hiperestimulación hormonal e Inseminación artificial, esta última es en la cual fijaremos nuestra atención.

2.2.1 Sujetos que participan en las TRA.

Participan esencialmente en las diversas Técnicas de Reproducción Asistida: el médico, la o los solicitantes y los donantes.

El médico, experto en materia de reproducción asistida.

Solicitante o usuario, es la persona ó la pareja -casada o en concubinato- que acude ante el médico experto en reproducción asistida con la finalidad mediata de lograr el nacimiento de un hijo, con la intención de atribuirse la paternidad, que por diversas causas no podría realizarse a través de medios naturales, causa por la cual se acude a la TRA con la finalidad inmediata de lograr la fecundación.

⁴² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, "¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 22, núm. 65, mayo-agosto de 1989. p. 4

⁴³ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. "Un nuevo modo de filiación". Ed. Universidad Veracruzana. México. 2001. p. 19

Los donantes, son los sujetos que donan sus gametos, óvulos o espermatozoides, libre e incondicionalmente a disposición de otra persona o banco de semen, para que con estos se realice la fecundación. Haciendo hincapié que el donador no busca o no, en todos los casos, que se produzca una relación entre él y el producto de la fecundación.

2.3 Inseminación artificial.

Como hemos dicho la Inseminación artificial es una de las técnicas de reproducción asistida científicamente disponible. La cual está destinada a poner en contacto los gametos masculinos y femeninos, con el pretendido resultado de la fecundación. La inseminación artificial, se estudia como Eutelgenesia, fecundación o inseminación artificial; en cuanto a su clasificación como señala Flores García: *“la inseminación artificial la podemos clasificar en Homóloga cuando el esperma es de la pareja de la madre, Heteróloga cuando el esperma proviene de un banco de esperma, in vivo cuando el semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal, in vitro consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización con el semen de la pareja de la madre o un donante, o sea, la fecundaciones fuera del seno materno en recipiente de laboratorio”*.⁴⁴ A continuación explicaremos más a fondo:

2.3.1 Inseminación artificial, *in vivo* e *in vitro*.

Clasificación de inseminación artificial, en cuanto al lugar de fecundación:

In vivo, Consiste en la inoculación de semen fresco (obtenido el día de la inseminación) o congelado (criopreservado), en el útero de la mujer, sin contacto sexual. Según el sitio donde se deposite el semen, se trata de inseminación intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubaria, esta última se

⁴⁴ FLORES GARCIA, Fernando. Ensayos Jurídicos. "inseminación artificial y otras vías de fecundación en la especie humana". Ed. Porrúa. México. 2006. p.767.

tiene como la más común. El procedimiento a grandes rasgos inicia con la estimulación ovárica con una inyección de la hormona Gonadotropina Coriónica Humana (hCG). Se realiza un seguimiento folicular que indicará el momento de la ovulación y el día óptimo para la inseminación. Al lograrse la fecundación se sigue el proceso natural del embarazo.

In vitro, esta técnica puede encontrarse referida como fecundación extrauterina, artificial, extracorpórea o en laboratorio. Cervantes Villalta, señala que la fecundación in vitro es un procedimiento de laboratorio mediante el cual, expertos en la materia, manipulan los gametos obtenidos de la pareja o donados por terceras personas, hasta lograr la fecundación en tubos de ensayo para luego ser transferido al vientre de la madre para el desarrollo normal del embarazo⁴⁵. Comúnmente se emplea esta técnica cuando se encuentran obstáculos insuperables en la mujer, que impiden que la fecundación se realice intracorpóreo como podrían ser: malformaciones uterinas o en trompas de Falopio. Por lo que con ésta técnica como señala Guzmán Avalos “*se suplen las funciones de la trompa de Falopio que recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.*”⁴⁶

Su procedimiento a grandes rasgos comienza con la estimula ovárica comúnmente, con hormona (hCG), con el seguimiento folicular se indica el día de la ovulación para remover el óvulo, que es transportado a un receptáculo con las condiciones adecuadas, después de fecundarse es reimplantado en el útero de la mujer.

⁴⁵ Cfr. CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. “Necesidad de replantear el concepto de vínculo filial en los proceso heterólogos de la reproducción asistida”. [En línea]. Costa rica. 2011. Escuela Judicial de Costa Rica. [Citado 11/10/12], p. 11-34 Disponible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Descargas/Revista_de_Familia.pdf

⁴⁶ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas Ob cit. p.41

2.3.2 Inseminación artificial, *Homóloga y Heteróloga*.

Clasificación de inseminación artificial, que atiende el origen de los gametos:

Homóloga, Moctezuma Barragán nos dice: “*la inseminación homóloga, es aquella que se efectúa con el esperma del esposo –o concubino- aplicado a su esposa.*”⁴⁷

Guzmán Avalos señala que: la inseminación artificial homóloga recibe este nombre porque el esperma se toma de la pareja de la mujer y se hace llegar al óvulo de ésta, introduciendo en el útero materno, es decir, se realiza como si sucediera por vía natural, pues el semen se deposita en la vagina.⁴⁸

Heteróloga, aquella en la cual la inseminación se realiza con esperma de un donador, que se traduce en un tercero ajeno al o los solicitantes.

Deteniéndonos, la inseminación Heteróloga es, de las Técnicas de reproducción disponibles hasta ahora la que crean los conflictos más relevantes para el derecho, puesto que hay una alteración de la atribución de la paternidad, porque al introducirse a la reproducción gametos ajenos a los solicitantes (en caso de sean esposos o concubinos), se provoca la discrepancia entre el progenitor genético (donador) y el solicitante que es quien pretende atribuirse la paternidad. Además a esta cuestión podríamos agregar las posibilidades ofrecidas por la técnica de fecundación in vitro. Pueden presentarse varias posibilidades, con el fin de ejemplificar lo señalado:

“- Que la fecundación se dé con esperma de un tercero e implantación en el útero de la mujer solicitante.

⁴⁷MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario. [En línea], México. Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/81/4.htm>

⁴⁸ Cfr. GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas Ob cit. p.39.

- Que la fecundación se dé con un óvulo de una tercera persona e implantación en el útero de la mujer solicitante.
- Que se utilice la implantación del embrión de una pareja en el útero de una tercera persona, esto recibe el nombre de madre sustituta o subrogación de vientre.⁴⁹

Así acertadamente señala Guzmán Avalos, en las técnicas usadas *“pueden intervenir hasta tres madres y dos padres, por un lado: los padres legales o educadores no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro los padres genéticos, los proveedores del óvulo y el espermatozoides y finalmente la madre portadora o alquiladora, que se limita a llevar el embarazo.”*⁵⁰

2.4 Sujetos que permiten distinguir las TRA.

La injerencia de más sujetos a la reproducción humana es una eventualidad que incide en las instituciones filiación y familia, pues transforma la atribución de la paternidad con base en hecho biológico de la procreación, a una decisión libre. Actualmente los medios alcanzados por la ciencia, permiten diferenciar en el fenómeno de la reproducción humana: lo genético (biológico), de lo social. Lo genético representado por el progenitor, que enseguida explicaremos, y lo social representado por el trascendente papel del solicitante que busca adquirir la paternidad (calidad de padre o madre con carga socio-cultural) a través de la técnica de reproducción asistida.

⁴⁹ CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. “Necesidad de replantear el concepto de vínculo filial en los procesos heterólogos de la reproducción asistida”. [En línea]. Costa Rica. 2011. Escuela Judicial de Costa Rica. [Citado 11/10/12], p. 11-34 Disponible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Descargas/Revista_de_Familia.pdf

⁵⁰ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Ob cit. p.42.

Progenitor genético y padre social.

La genética es la ciencia que trata de la herencia biológica y de las leyes que la rigen. Su nombre se deriva de griego gennetikós (genitivo, engendrador), derivado de génesis (origen, nacimiento), que significa “generación, producción”. Entonces al referirnos al progenitor genético, en sentido estricto es el hombre a quien pertenece el material genético, esperma, que engendra en la fecundación.

Se ha señalado que el progenitor puede ser pleno o parcial: Es pleno, sí el hombre que aporta el gameto es el hombre solicitante de la TRA, caso en el que nos encontraremos en una inseminación homóloga y una paternidad biológica; supuesto que no representa conflicto por coincidir con lo genético y lo social. Será parcial, si el solicitante de la TRA, no es quien aporte los gametos a la fecundación pero pretende atribuirse la paternidad, caso de la inseminación Heteróloga, por tanto la paternidad del varón en este supuesto es constituida por un acto de voluntad, exteriorizado tácita o expresamente. O lo que es lo mismo nos encontramos con un padre con connotación social, es decir, sin respaldo de vínculo genético.

Madre genética y madre social.

Al referirnos a la progenitora genética, se diferencia de igual manera en progenitora plena y parcial, pero debe agregarse otra característica particular, la biología de la mujer. La cual permite que pueda haber dos formas de desarrollarse como madre biológica: Genética y gestante. La investigadora Alma Arámbula Reyes lo nombra “disociación de la maternidad”:

“a. Maternidad plena: es la que une la relación biológica (genética y gestativa), con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b. Maternidad genética: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c. Maternidad gestativa: cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

*d. Maternidad legal: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos”.*⁵¹

Progenitora genética es la mujer a quien pertenece el gameto, ovulo, empelado en la fecundación. Se dice madre genética plena si el gameto es de la misma mujer en la que se desarrollara la gestación, es decir atribución biológica y social de la maternidad, que recaen sobre la misma mujer.

Es madre parcial, sí la solicitante no aporte el material genético a la fecundación pero pretende atribuirse la maternidad. Dicha atribución de la maternidad puede realizarse no solamente con la expresión de la voluntad como el varón, sino que la mujer puede hacerse implantar el producto de la inseminación in vitro, por lo que resultaría en una maternidad biológica por el hecho biológico de la gestación.

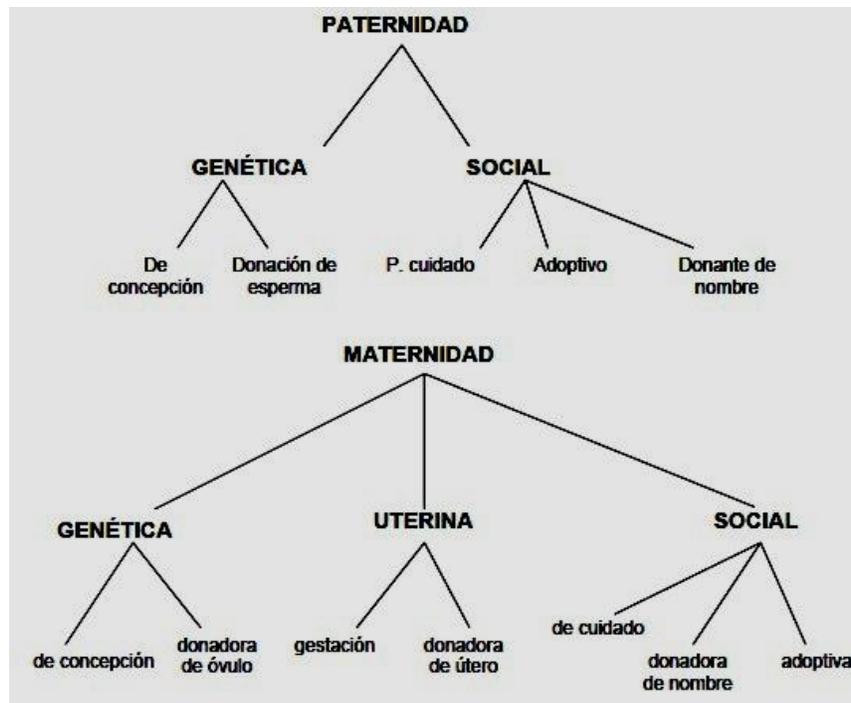
Pero hay otra posibilidad, que la mujer solicitante, es decir, quien pretende atribuirse la maternidad sólo aporte el material genético, ovulo, y la gestación se desarrollará en otro vientre “sustituto”. Es importante lo señalado por Alicia Pérez Duarte, esta sustitución de vientre puede realizarse cuando *“la mujer, siendo incapaz de desarrollar el embarazo, alquila a otra para que la sustituya en dicha función, situación que, sin embargo, podría ocurrir no solo en el caso que haya una verdadera incapacidad por parte de la mujer que desea procrear, sino que, estando capacitada para ello, no desea que el proceso de la gestación del nuevo ser se desarrolle en su propio cuerpo.”*⁵² Las madres sustitutas son la técnica de reproducción más polémicas en la actualidad, que a decir, es una problemática tan

⁵¹ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf p. 16

⁵² CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. Lima. 2008. p.181

extensa que excede los propósitos de nuestro trabajo pero no podemos hacer caso omiso de su importancia y los profundos cambios que en materia de filiación marca.

Para aclarar las aristas Alma Arámbula esquematiza de la siguiente forma⁵³:



2.5 TRA opción científica para acceder a la paternidad.

El desarrollo científico en materia de reproducción asistida es incesante como se ha señalado. La investigación comenzó a desarrollarse y aplicarse en humanos intentando resolver la infertilidad, pero actualmente la ciencia ofrece algo más que eso: separar la procreación de la unión sexual entre el varón y la mujer, y la separación de la paternidad de la participación biológico-genética.

⁵³ ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf p.22.

Así las técnicas de reproducción asistida y especialmente la inseminación artificial se han convertido en la opción científica para acceder a la paternidad. Sus posibilidades de aplicación, permiten como señala Leonora Lamm, en primer lugar que quien quiere ser padre o madre sea entonces quien ha querido serlo,⁵⁴ resaltando de este hecho la voluntad, que resulta esencial en la aplicación de dichas técnicas. Y en segundo lugar permite, *“habilitar paternidades y/o maternidades inconcebibles o imposibles años atrás, tales como la maternidad de mujeres estériles, la paternidad de hombres estériles, la maternidad sin paternidad, la paternidad sin maternidad, la paternidad y/o maternidad de ambos miembros de una pareja homosexual”*.⁵⁵

Así con origen heterólogo de los gametos, según el caso masculino o femenino, acudiendo a inseminación *in vivo* o *in vitro*, se constituyen núcleos familiares homoparentales. Las posibilidades ofrecidas por la ciencia son variadas, entre las que se encuentran:

- Una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con esperma de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.
- En la pareja homosexual femenina, haciéndose inseminar una de las mujeres, mediante técnica *in vitro*, un ovulo de la otra previamente fecundado con semen de donador; o solo inseminándose *in vivo* con semen de donador.

En los supuestos anteriores, la carga genética sólo unirá genéticamente al hijo con uno solo de los miembros de la pareja, pero actualmente se estudian técnicas que permitirían que la carga genética sea compartida, como son:

⁵⁴ Cfr. LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91. ISSN: 1886-5887. P.16

⁵⁵ LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91. ISSN: 1886-5887. p.3

- *“En la pareja homosexual femenina por la fusión de dos óvulos implantando el producto en el útero de una de ellas.*
- *En la pareja homosexual masculina fusionando ambos espermatozoides a través de un óvulo receptor, que se transfiere a un útero alquilado”⁵⁶ .*

Las últimas dos técnicas son relativamente recientes y menos recurridas, pero lo importante de ellas es considerarlas como el acercamiento para dar respuesta a la cuestión de la ausencia de lazos genéticos con uno de los padres en una pareja homosexual.

Con estos avances científicos nos encontramos que ahora no son ya las barreras biológicas las que niegan la posibilidad de constitución del núcleo familiar homoparental, pues la opción científica está al alcance y permite dar ese paso. Ahora son barreras físicas, culturales o jurídicas las que niegan, así Cervantes Villalta señala, *“en el fondo de todas las técnicas de procreación artificial, y sobre todo en su admisibilidad, subyacen convicciones éticas, religiosas, culturales, morales y jurídicas”⁵⁷*.

Estas oposiciones bien pueden ser explicada desde la visión que, en el fondo las posibilidades ofrecidas por las TRA cuestionan principios que rigen la filiación, desarticulando conceptos de maternidad y paternidad; hacen tambalear instituciones instaladas en la idiosincrasia de la humanidad, son *“nuevas cuestiones que ponen en crisis las viejas teorías,⁵⁸* pero ya en su momento analizamos las figura de la instituciones, señalamos que éstas cubren determinadas necesidades para un grupo y es por eso que se encuentran en constante cambio, así, las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado

⁵⁶ ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf p. 44.

⁵⁷ CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. Ob cit.

⁵⁸ EVA ROTENBERG, et al. Homoparentalidades: Nuevas familias. Ed. Lugar. Argentina, 2007.

por cubrir ciertas necesidades que por su características inciden en la “realidad”, para aclararlo Murillo de la Cueva afirma:

“En principio, puede decirse que las innovaciones y descubrimientos asociados al progreso científico y técnico, en tanto inciden en la realidad y la alteran, provocan o aceleran transformaciones sociales... la Modificación de las instituciones, tiene origen en nuevas necesidades que, normalmente, son introducidas por el cambio en las condiciones de vida que provocan los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a la tecnología.”⁵⁹

Y son estos cambios sociales, generados por los avances científicos, los que generan el nacimiento de nuevos derechos, que requieren de reconocimiento y protección jurídica.

⁵⁹ MURILLO DE LA CUEVA, Lucas. Derechos fundamentales y avances tecnológicos, Los riesgos del progreso [En línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas. Boletín Mexicano de Derecho comparado. México. núm. 109 [citado 16-08-12] Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/109/art/art3.htm>

CAPITULO TERCERO.

Derechos Sexuales y Reproductivos.

Los derechos sexuales y reproductivos forman parte de una cuarta generación de derechos humanos, que son aquellos que se han generado respecto de los avances tecnológicos, entrelazando derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos. En este capítulo no haremos una remembranza histórica de estos, si no que trataremos de relacionar su avance con el desarrollo científico y lo que su aplicación significa para instituciones de trascendencia como la familia, el parentesco, y la filiación.

Uno de los avances científicos que incidió en la discusión de los derechos a los que nos avocamos, fue la aparición de la píldora anticonceptiva en los años sesenta, la cual permitió distinguir la sexualidad heterosexual femenina de la reproducción. Esta primer separación del binomio sexo-reproducción, puso en el escenario social y político, la necesidad de reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, en un primer momento de la mujer, en los que se incluyó el derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, el derecho a decidir libremente sobre ello, así como decidir si quería acceder a la maternidad o no.

Otro hecho científico de trascendencia fundamental para este trabajo es el

provocado por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida – principalmente la inseminación artificial- como opción científica para acceder a la paternidad. Su aplicación en sujetos no heterosexuales ha abierto a discusión los alcances de los derechos sexuales y especialmente de los derechos reproductivos. Retomando lo planteado anteriormente los avances científicos y tecnológicos ofrecen una alternativa para hacer efectivos derechos reproductivos, para las personas que deciden acceder a la paternidad o maternidad, ejerciendo su derecho de acceso a la salud, a la vida privada, a formar una familia, etc.

Y en este punto se entabla un debate sobre los alcances y contenidos de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, pues la doctrina tradicional suele complicarse su separación bajo el razonamiento, que si bien, puede separarse sexo y reproducción estos se unen en el ejercicio de la sexualidad. Cosa cierta pero aplicable solo a heterosexuales, porque *“la ciencia ha logrado separar el ejercicio de la sexualidad de la reproducción, a través de las llamadas técnicas de reproducción asistida, como lo son la inseminación artificial, la fecundación in vitro y la maternidad subrogada. Por lo que, podemos afirmar que la sexualidad puede o no devenir en la reproducción, y la reproducción, no requiere un ejercicio previo de la sexualidad”*.⁶⁰ Por lo que consideramos que ambos son derechos humanos que cada persona tiene la libre facultad de ejercerlas o no.

3.1. Conceptos de derechos Sexuales y Reproductivos.

El desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos es “reciente”, y actualmente se carece de definición puntal de “derechos sexuales” y “derechos reproductivos”, sin embargo es a través del derecho internacional, es como podemos conceptualizarlo y delinear sus alcances.

⁶⁰ ARRIAGA, Carol B. Los derechos sexuales y reproductivos. [En línea] 2007. www.decidiresunderecho.org. [Citado 20/06/12].

3.1.1. Derechos sexuales.

Los derechos sexuales tienen una conceptualización problemática puesto que no aparecen consignados como tales en ningún ordenamiento internacional. Pero en la *Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología*,⁶¹ se señalaron los contenidos esenciales de este derecho en tres cuestiones que cobran vital importancia para el sustento de este derecho en específico, en primer lugar se señaló que los derechos sexuales son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad. En segundo lugar, en esta misma declaración, se plasma la sexualidad como parte integral del ser humano, y que para el pleno desarrollo de la persona, es necesaria la satisfacción de necesidades básicas como el contacto, la intimidad, la expresión emocional, el placer, la ternura y el amor. Y por último señala que la sexualidad se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales.

Así el derecho sexual para efectos de este trabajo puede conceptualizarse como el derecho de toda persona para decidir su identidad sexual en base a la libertad, dignidad e igualdad.

3.1.2. Derecho reproductivo.

En la literatura jurídica se suele emplear el término en plural "derechos reproductivos" para comprender diversos aspectos relacionados con el fenómeno de la procreación anticoncepción, aborto, esterilización, planificación familiar.

Los instrumentos internacionales que reconocieron la existencia de este derecho y lo delimitaron fueron la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (el Cairo), y la IV Conferencia Internacional de la Mujer (Pekín). En las que por primera vez se reconoce que: la salud reproductiva es un estado general de

⁶¹ Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China.

bienestar físico, mental y social y no de mera ausencia de enfermedad o dolencias en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos y de procrear, como la libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho de hombres y mujeres a obtener información sobre planificación familiar, así como a elegir libremente cualquiera de los métodos –naturales o artificiales- para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos.⁶²

3.2. Contenidos de los Derechos Sexuales y Reproductivos.

Así como no se cuenta una definición puntual estos derechos, tampoco hay en la doctrina un consenso sobre los límites y contenidos de los derechos sexuales y reproductivos. Pero partiremos exponiendo someramente los contenidos de los derechos sexuales y de los reproductivos, con la afirmación que la sexualidad puede o no devenir en la reproducción, y la reproducción, no requiere un ejercicio previo de la sexualidad.

Entre los derechos contenidos y englobados como “sexuales” se encuentran algunos como son: el derecho a la libertad sexual; el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales del cuerpo; el derecho a la privacidad sexual; el derecho a la equidad sexual; el derecho al placer sexual; el derecho a la expresión sexual emocional; el derecho a la libre asociación sexual; el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables; el derecho a la información basada en el conocimiento científico; el derecho a la educación sexual integral y el derecho a determinar libremente la propia identidad sexual.

⁶² Cfr. PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. “Panorama internacional entre 1994 y 2001”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, pp. 1001-1027.

En cuanto a los derechos “reproductivos” podemos mencionar el derecho a decidir cuándo y en qué momento se quiere acceder a la paternidad o maternidad, el control de hombres y mujeres sobre su capacidad reproductiva, el derecho de acceso a información de planificación familiar, a obtener los beneficios del progreso científico

Si bien ambos derechos tienen contenidos propios, derechos sexuales y reproductivos, encuentran en el catálogo de derechos humanos su andamiaje jurídico, fundamentalmente en el derecho a la salud, a la vida privada, el derecho a la dignidad, el derecho a formar una familia, el derecho de procrear, igualdad y no discriminación.

En cuanto al *Derecho a la salud*, la Organización Mundial de la Salud ha definido a la salud como un “*estado de completo bienestar físico, mental y social; y no solo la ausencia de enfermedades o dolencias*”⁶³. Con lo que en este derecho a la salud señalado por la OMS, el libre desarrollo de la personalidad es parte de la salud mental y social, de los que debe gozar un individuo al que le es tutelado su derecho a la salud. Pero también se habla de la salud reproductiva la cual entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

Derecho a la vida privada, su ámbito de protección ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que éste va más allá del derecho a la privacidad. Según el Tribunal Europeo, el derecho a la vida privada abarca la identidad física y social, el desarrollo personal y la autonomía personal de una persona, así como su derecho de establecer y desarrollar relaciones con otras personas y su entorno social, incluyendo el derecho de establecer y mantener relaciones con personas del

⁶³ Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

mismo sexo.⁶⁴ Incluye el respeto tanto a la decisión individual de convertirse en padre o madre.

Unido al derecho a la vida privada se encuentra unido el derecho al libre desarrollo de la personalidad, comprende, entre otras, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuantos, así como en qué momento de su vida, o bien, decidir no tenerlos; escoger la apariencia personal; su profesión o actividad laboral; y por supuesto, la libre opción sexual, pues todos estos aspectos evidentemente son parte de la manera en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo puede decidir en forma autónoma.⁶⁵

Derecho a la dignidad, en este sentido es la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México la que ha señalado: “*la dignidad humana [...] deriva, entre otros, el libre desarrollo de la personalidad, es decir, el derecho de todo individuo a elegir, en forma libre y autónoma, cómo vivir su vida, lo que comprende, entre otras expresiones, [...] su libre opción sexual. [L]a orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, [es] un elemento relevante en el proyecto de vida que tenga y que, como cualquier persona, incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo*”⁶⁶

Derecho a fundar una familia, reconocido en el artículo 17(2) de la Convención Americana —se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia...—, así como en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Lo que significa que los individuos puedan optar, para formar una familia, por cualquier medio que les permita el libre desarrollo de su personalidad. Y es indispensable señalar citando a Juan Silva Meza, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la

⁶⁴ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) p. 47

⁶⁵ Informe acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procuraduría General de la República vs. Asamblea legislativa del Distrito Federal y Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

⁶⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, págs. 263 y 264. Referencia caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. CIIDH.

Nación cuando dice: “*que cualquier individuo tiene derecho a conformar una familia independientemente de la orientación sexual o identidad de género que este tenga.*”⁶⁷

Derecho a procrear, podría pensarse que es un derecho reconocido desde hace mucho tiempo pero lo cierto es que forma parte de una naciente cuarta generación de derechos humanos, que aún no se encuentra reconocido en ningún instrumento internacional, pero se puede considerar implícito de otros derechos fundamentales, como el de fundar una familia, decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos, a acceder a la información y educación sobre planificación familiar, a acceder a los métodos y servicios relacionados con el tratamiento de la esterilidad, entre los que se incluye la fecundación artificial.

Una libre interpretación considera implícito en el derecho a la procreación es el de seleccionar los medios para realizarlo, lo que permite afirmar la facultad de cada persona –ejerciendo su derecho a la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares - para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial.

Derecho de Igualdad, al hablar de igualdad de forma general nos referimos a la capacidad que todos tenemos de ejercer los mismos derechos. Lo que como señala el Diccionario Jurídico Mexicano no significa que todos seamos iguales, la igualdad es considerada como el elemento fundamental de la justicia. En efecto, la justicia únicamente puede existir entre dos personas que son tratadas de la misma manera en las mismas circunstancias y cuyas relaciones en tales circunstancias, son gobernadas por reglas fijas, siendo los corolarios de la igualdad la imparcialidad y la existencia de reglas fijas⁶⁸. Por lo que reiteramos la igualdad

⁶⁷ SILVA MEZA, Juan N., autor. *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo: criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. Porrúa, 2011. p.175.

⁶⁸ Diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Ed. Porrúa. México. 2007. P. 1611.

como condición de justicia.

Derecho a la No discriminación, es el derecho de cada persona para vivir libre de discriminación, disculpada la redundancia, esta última entendida formalmente como la “acción o efecto de discriminar”⁶⁹, término que ha venido aplicándose para calificar aquel tratamiento diferencial por el cual “se priva de ciertos derechos o prerrogativas a un determinado número de personas por motivos principalmente de raza, color u origen étnico”,⁷⁰ pero también se priva de libertades por motivo de identidad sexual. Por lo que el derecho a la no discriminación consiste en la garantía para cada persona de poder ejercer sus derechos sin que se le haga distinción alguna.

Integrando los derechos en los que se fundamenta lo derecho sexuales y reproductivos, “son derechos del cuerpo y como tales son derechos humanos, fundamentales e intrínsecos a las personas por el sólo hecho de ser humanas,”⁷¹ y siguiendo los postulados de la salud reproductiva cualquier persona puede tener un hijo, sin que lo modifique su condición social, el estado civil o preferencia sexual; ya que la decisión que puede tomar de cuándo, cómo y de quién tener hijos es el ejercicio de estos derechos en conjunto.

3.3. Marco jurídico Nacional e Internacional de Derechos Sexuales y Reproductivos.

Sabemos que los documentos que garantizan y reconocen el avance de los derechos humanos, no ocurren por generación espontanea, si no que históricamente son resultado de una larga y dura lucha en reivindicación de ciertos derechos; Y son el reconocimiento y la inclusión de los derecho sexuales y de los

⁶⁹ Diccionario de la Real Academia Española. Real Academia Española [En línea]

⁷⁰ Diccionario jurídico mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Ed. Porrúa. México. 2007.

⁷¹ARRIAGA, Carol B. Los derechos sexuales y reproductivos. [En línea] 2007. www.decidiresunderecho.org. [Citado 20/06/12].

reproductivos en el derecho internacional como en la legislación nacional, la respuesta a la necesidad de respeto de estos derechos básicos, intrínsecos a hombres y mujeres.

Carol Arriaga señala que en el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos, hay *“tres factores que inciden de manera concreta: la ciencia, la sociedad civil y el derecho internacional.”*⁷² La ciencia ha posibilitado la separación del binomio sexo-reproducción, a través de su aplicación en la vida cotidiana; la sociedad civil ha pugnado por el reconocimiento del derecho intrínseco de cada individuo de expresar y ejercer su sexualidad libre de discriminación; y derecho internacional porque en el generalmente encuentra sustento el avance continuo de dichos derechos.

3.3.1. En el derecho internacional.

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, han sido numerosos los avances realizados en cuanto a Declaraciones, Tratados y Convenciones relativas a derechos individuales, y en materia de derechos sexuales y reproductivos algunos de los ordenamientos internacionales dónde se consagran son:

Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, Primera conferencia Internacional de Derechos Humanos 1968, Convención Americana sobre los Derechos Humanos 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1976, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de la discriminación contra mujeres (CEDAW) 1979, Reunión Internacional sobre Mujeres y Salud 1984, Convención sobre los Derechos del Niño 1989, Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)

⁷² ARRIAGA, Carol B. Los derechos sexuales y reproductivos. Ob cit.

1994, IV Conferencia Mundial de las Mujeres 1995, Declaración del 13avo Congreso Mundial de Sexología 1997, Carta de Derechos Sexuales y Reproductivos 1999, Declaración Universal de Derechos Sexuales de Hong Kong, Nueva York Cumbre del Milenio 2000, los principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género 2007, Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género 2008.

Entre los instrumentos más relevantes el documento producto de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD), el cual supuso un punto de inflexión en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, pues de esta emanó un consenso relativo a lo que se entiende por salud sexual y reproductiva y por derechos reproductivos. Así en su programa de acción, de El Cairo, es dónde se conceptualizaron los derechos reproductivos; fundados en el principio básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.⁷³ *“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobadas por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello, y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos”*⁷⁴

⁷³ Cfr. ARRIAGA, Carol B. Los derechos sexuales y reproductivos. Ob cit.

⁷⁴ Programa de acción, adoptado por la conferencia internacional de población, el Cairo 5-13 Septiembre 1994. [En línea] Disponible en: <http://www.unfpa.org/public/site/global/publications/pid/1973>

Otro avance en la materia y de trascendencia para este trabajo es el suscitado el 22 de diciembre de 2008 en la Asamblea General de las Naciones Unidas cuando se adoptó la “Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, reafirmando el *“principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género.”*⁷⁵ Reafirmando que su fundamento se encuentra en los derechos: a la vida, la libertad, seguridad de la persona, intimidad, igualdad y a estar libres de todas las formas de discriminación.

3.3.2. En el derecho nacional.

La obligación para los Estados que suscriben convenciones y tratados, suponen obligado cumplimiento. Por lo que la inclusión en la legislación nacional de los compromisos adquiridos internacionalmente es el paso siguiente y fundamental para la aplicación de éstos derechos.

Entre algunos de los tratados internacionales que México ha suscrito y que lo obligan moral y jurídicamente a garantizar el pleno ejercicio de los derechos sexuales y los derechos reproductivos, se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos 1948, Primera conferencia Internacional de Derechos Humanos 1968, Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1976, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de la discriminación contra mujeres (CEDAW) 1979, Convención sobre los Derechos del Niño 1989, Conferencia Mundial de Derechos Humanos 1993, Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) 1994, IV Conferencia Mundial de las Mujeres 1995, Declaración Universal de los Derechos

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Ob cit. p. 33

Sexuales 2000.

La Convención Americana sobre los Derechos Humanos, impone a los estados el deber de adoptar, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades contemplados en ese instrumento de carácter regional del cual México es parte. Y esta misma conferencia en su artículo 24 establece que todas las personas son iguales ante la ley, en consecuencia tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la misma.

En el ordenamiento nacional los derechos sexuales y reproductivos descansan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el capítulo “De los derechos humanos y sus garantías”, en el cual se consagran derechos tales como la libertad, la igualdad, dignidad, la salud, a fundar una familia, la no-discriminación y la educación, etc.

El artículo primero, establece: *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”* y *“Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas...”*⁷⁶ Y que en conjunto con el artículo cuarto, que establece la protección de la organización y el desarrollo de la familia como derecho fundamental de los ciudadanos sin distinción de ningún tipo, señala que: *“Tanto la mujer como el varón son iguales ante la ley...”*, y eleva al rango constitucional que *“Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos,”* como el derecho a su salud. Así en estos dos artículos tenemos la elaboración teórica

⁷⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última Reforma DOF 19-07-2013.

sobre los derechos sexuales y reproductivos.

Del marco constitucional se desprende varias leyes de federal como son: la Ley General de Salud y la Ley General de Población.

La primera en su título tercero en las disposiciones correspondientes salud reproductiva, planificación familiar, educación sexual e infecciones de transmisión sexual y de manera trascendente en el artículo 466 tipifica como delito la inseminación artificial sin el consentimiento de la mujer, o con el consentimiento de una mujer menor o incapaz, y además prohíbe a la mujer casada otorgar su consentimiento sin la conformidad de su cónyuge. Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica contiene disposiciones para la prestación de los servicios de atención materno-infantil y planificación familiar.

Por su parte La Ley General de Población establece que la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará o promoverá, la realización de programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública de que disponga el sector público.

Relacionados estrechamente a los derechos sexuales y reproductivos hay diversas Normas Oficiales Mexicanas (NOM) que el ejecutivo a través de la Secretaría de Salud ha expedido, y es NOM-005-SSA2-1993, publicada en el DOF el 30 de mayo de 1994, sobre los servicios de planificación familiar, misma que fue modificada y aclarada en 2004, la que contiene disposiciones generales y especificaciones técnicas para la prestación de los servicios de planificación familiar e incluye tanto la selección, prescripción y aplicación de métodos anticonceptivos, como la identificación, manejo y referencia de casos con esterilidad e infertilidad y de las que se deriva la consideración de varias de las técnicas de reproducción asistida ya mencionadas.

En cuanto a la legislación Local en el Distrito Federal ha habido importantes avances legislativos en materia de derechos sexuales y derechos reproductivos,

entre los cuales destaca el código civil para el distrito federal que en su artículo 162 señala:

*“...Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”*⁷⁷ Que son parte de los derechos sexuales y reproductivos como la libertad de procreación por cualquier método de los ya vistos en el capítulo referente a las técnicas de reproducción asistida.

Otras inclusiones del tema en la legislación vigente se encuentran en: La ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación en el Distrito Federal, Ley de acceso a las mujeres a una vida libre de violencia, el Código Penal para el Distrito Federal, la Ley de Salud de Distrito Federal, Ley de las y los Jóvenes del Distrito Federal.

Los Derechos Sexuales y Reproductivos como Derechos Humanos, han recorrido un largo camino en ser reconocidos internacionalmente y en México, a nivel federal como local, aún faltan modificaciones sustanciales que alberguen y protejan estos derechos para que efectivamente todas las personas accedan sin discriminación al más alto nivel posible de salud sexual y reproductiva.

3.4. Titulares de los derechos sexuales y reproductivos y de las técnicas de reproducción asistida.

Tratándose de Derechos Humanos como son los Derechos Sexuales y de Derechos Reproductivos, siguen sus principios, es decir, universales, progresivos y el más importante, oponible ante terceros y que hombres y mujeres pueden y deben ejercer con toda libertad, sin importar la identidad sexual.

⁷⁷ Artículo 162, Código Civil para el Distrito Federal. Fecha de publicación en D.O. 26/05/1928. fecha de modificación en G.O. 23/07/2012.

Uno de los derechos contenidos en los DSyR es el derecho de procreación, de titularidad individual y libre ejercicio. Y quien desee formar una familia, está ejerciendo derechos fundamentales como son el derecho a fundar una familia y a expresar libremente su identidad sexual.

Ahora bien la aspiración de todo ser humano a la paternidad, y las posibilidades ofrecidas por las técnicas de reproducción asistida, han llevado a defender la existencia del "derecho a procrear" o "derecho a la procreación humana" a esto Alicia Pérez Duarte responde: que la evolución de las costumbres, la liberación de la legislación en ciertos rubros y los avances científicos en el campo de la genética nos conducen a afirmar la existencia de tal derecho. Pero, no es un derecho irrestricto, ya que va íntimamente ligado al interés del hijo por nacer. No se puede afirmar, dice, que la maternidad y la paternidad se traduzcan en el derecho de tener un hijo sin importar las circunstancias de su nacimiento.⁷⁸

De igual forma Guzmán Avalos, dice que el ser humano requiere de prerrogativas esenciales para el desarrollo de su personalidad frente al Estado, implicando específicamente un derecho, en este caso el derecho de procreación, el de decir el número y espaciamiento de los hijos, da la posibilidad de elección entre procrear y no procrear ya sea en forma natural o mediante la utilización de alguna de las técnicas de procreación médicamente asistida; sin que haya una unidad entre la sexualidad y la reproducción.⁷⁹

Una libre interpretación lleva a considerar implícito en el derecho a la procreación el de seleccionar los medios para realizarlo, lo que permite afirmar la facultad de cada persona –ejerciendo su derecho a la libertad personal, la autonomía y la intimidad en las decisiones familiares - para elegir el medio a través del cual desea procrear: la unión sexual o la utilización de la fecundación artificial. Pues las

⁷⁸ Cfr. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? Ob cit. p. 15

⁷⁹ Cfr. GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Ob cit. p. 152.

técnicas de reproducción asistida han permitido que se puedan acceder a la paternidad sujetos no heterosexuales, mediante el empleo de su propio material genético o el de terceras personas.

La discusión en torno a las Técnicas de Reproducción Asistida, ya no se limita al problema de la licitud o ilicitud de su utilización, cuestiones jurídicas o de derechos individuales, sino que se extiende a la cuestiones relacionada de los sujetos legitimados para recurrir a esta clase de tratamientos y también concepciones sobre la familia o sobre los menores.

Como señalamos anteriormente la Constitución Política, en sus artículos primero y cuarto sostiene los contenidos el derecho de procreación, como son la libertad de fundar una familia, decidir libre y responsablemente el número y el espacio de tiempo entre sus hijos. Y que en la constitución se encuentre este derecho supone reconocer la titularidad del mismo a toda persona independientemente de su estado civil y a su identidad sexual. Cuestión que claro se puede traducir en un derecho de elección reproductiva, que garantice la libre decisión del sujeto de procrear o no, los defensores de esta posición sostienen precisamente, que reconocer el derecho a procrear supone que el individuo pueda tomar sus decisiones familiares sin injerencias del Estado y señalan que los límites del derecho a procrear vienen dados por los propios deberes que corresponden a cada persona, sin ser una libertad procreadora omnímoda sino responsable, pues ante todo prima el respeto de la dignidad y los derechos fundamentales de la persona.

De nuevo Guzmán Avalos, hace un señalamiento *“el reconocimiento constitucional de la libertad de procreación tiene valor jurídico directo y se traduce en que si no están determinados expresamente sus límites, el sujeto puede actuar con plena autonomía y si en base a este reconocimiento, una persona decide tener hijos y no puede hacerlo por medios naturales, se puede alcanzar dicho fin a través de la*

*asistencia médica a la procreación, invocando el derecho a la salud.*⁸⁰

Así, el reconocimiento del derecho a procrear en palabras de Alicia Pérez Duarte: *“es permitir que cada hombre y cada mujer, en conciencia y respondiendo a sus creencias y valores, determine la forma y los medios con que ha de llevar al cabo su decisión,*⁸¹ esto desde la protección del libre ejercicio de los derechos tanto sexuales -libre determinación de la identidad sexual- como reproductivos -libre decisión de ser padre o madre- en un solo sujeto.

Entonces es necesario separar desde un principio la reproducción asistida como avance científico a los que toda persona tiene derecho, al igual que ejercer su sexualidad y al mismo tiempo tomar conciencia de sus derechos reproductivos, desde la perspectiva de una paternidad responsable.

Los “nuevos” sujetos de derecho que buscan su reconocimiento son pues, hombres y mujeres homosexuales que a través de las técnicas de reproducción asistida tienen capacidad de hacerse de un lugar en el proceso de filiación, situación que se aleja al derecho en general de las situaciones para las que había sido pensado, las cuales requieren una readaptación de sus textos, considerando de nuevo familia, parentesco y filiación en relación con los derechos reproductivos y el acceso a las nuevas tecnologías, a la vez delimitados bajo los principios de igualdad y no discriminación, del artículo primero constitucional y que corresponde también a las personas homosexuales, solteras, casadas o unidas en concubinato, pues debe de reconocerse de alguna manera su filiación para la protección de los menores.

Ahondando, el derecho de procreación desvinculado de la unión sexual y del factor biológico, ha dado origen a una importante corriente doctrinal que defiende la existencia de una nueva concepción de vínculos paternales basados en el

⁸⁰ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Ob cit. p. 129.

⁸¹ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? Ob cit. p.14

afecto y en el deseo de tener descendencia, lo cual permitiría explicar la atribución de la paternidad o la maternidad a favor de quienes recurren a la reproducción asistida, esto es de los padres intencionales (intended parents). Arambula Reyes, afirma que las experiencias en relación con la procreación y el deseo de tener hijos no se presentan, únicamente, cuando una pareja casada engendra mediante la unión sexual, sino que también en la forma no sexual se realizan los mismos valores. Inclusive, estos valores están presentes con mayor claridad en las formas de procreación artificial porque los padres planifican intencionalmente su proyecto de procrear un hijo, hecho que no siempre ocurre cuando se trata del evento natural.⁸²

Trabucchi subraya con claridad esta circunstancia, afirmando que la derivación biológica de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y maternidad que tiene un valor por el derecho no tanto en el sentido cognoscitivo, si no porque acompañan al hombre después de su nacimiento. Como portadoras de deberes derechos, respecto de un mismo sujeto en la paternidad.⁸³

Precisamente, hay cosas que escapan ya de los documentos doctrinarios clásicos, la emergente sociedad hace que busquemos nuevos esquemas jurídicos normativos de la conducta humana. Intentando encauzar derechos adquiridos hacia la conciencia de la responsabilidad que implica la paternidad, sin importar el medio que para lograrlo se emplee. Así también para el reconocimiento de nuevas formas de conformación familiar en base de identidades sexuales diversas.

⁸² Cfr. ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf p.94

⁸³ Cfr. PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? Ob cit.p. 15

CAPÍTULO CUARTO.

Problemática jurídica respecto de las familias homoparentales en la legislación del Distrito Federal.

En capítulos anteriores analizamos fuentes y formas de conformación familiar, técnicas de reproducción asistida y derechos sexuales y reproductivos. A manera de resumen, la formas de constitución familiar resultan ser las mismas independientemente de la identidad sexual de quienes la conforman: Las técnicas de reproducción asistida se han desarrollado a mayor ritmo que el sistema normativo que regula las relaciones sociales, lo que provoca ausencias normativas que tienen afectaciones en una institución de trascendencia para la sociedad como la familia. Los derechos sexuales y reproductivos nos colocan en el supuesto que toda persona ejerciendo sus derechos, decide su identidad sexual -derechos sexuales- y si quiere o no procrear -derechos reproductivos-.

Estos tres aspectos abordados en capítulos anteriores, nos llevan a afirmar que las familias homoparentales son familias con los mismos derechos que las demás; que las TRA's ofrecen la posibilidad para la construcción de núcleos familiares diversos y que éstas salen de las normas instituidas debido a que no pudieron hacerse pensando en las situaciones actuales han rebasado la ley.

La pretensión del presente capítulo es identificar los aspectos en los que la modificación de las circunstancias obliga a replantear instituciones de familia, parentesco y filiación.

4.1. Las familias homoparentales.

Las familias basadas en identidades sexuales diversas apoyan sus lazos familiares en las mismas fuentes que las familias heteroparentales, es decir, en el matrimonio, concubinato y las clases de parentesco reconocidos por la legislación.

Las familias homoparentales en México, son un hecho, pero por no ajustarse al modelo “tradicional” de familia se encuentran además de invisibilizadas socialmente, cargadas de estigmas producto de la discriminación hacia la identidad sexual de quienes la conforman, esta circunstancia hace de la familia homoparentale un sujeto socialmente vulnerables. Y además como señala Miriam Alizalde: no se contenta ya con el reconocimiento vincular sino desea y exige el derecho legal de la crianza de hijos y la constitución de una familia legalizada socialmente.⁸⁴

Dicho reconocimiento de calidad y equidad, de la familia homoparental se hace acorde al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (Homoparentales). La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismos sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución de matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida

⁸⁴ Cfr. ALIZALDE, Miriam. Homoparentalidades: Nuevas familias. “Pensando la homoparentalidad”. Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer. Ed. Lugar. Argentina, 2007

*en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez”.*⁸⁵

Así, el reconocimiento de la familia homoparental deriva de la necesidad de protección jurídica de una serie de derechos a favor del menor de edad y de obligaciones de quienes son sus padres sociales, es decir, quienes absorberán el cumulo de derechos y obligaciones derivados de la relación paterno-filial.

Por otra parte y retomando el criterio de la suprema corte de justicia. Si la noción jurídica de familia no tiene carácter absoluto sino relativo en cuanto a que está sujeta a los cambios del entramado social, y los cambios en ocasiones tienen su origen en innovaciones aportadas por el avance en el conocimiento científico, como en las aplicaciones prácticas. Debe por tanto el legislador poner mayor atención a los cambios de paradigmas y condiciones sociales. Uno de estos cambios es el que nos ocupa, pues ya no (en todos los casos) el elemento biológico o genético, es el que determina la filiación, sino una declaración unilateral de la voluntad o consentimiento, esto lo retomaremos más adelante.

4.2. Legislación.

Para el análisis de la legislación tomamos en consideración que ésta tiene contenida en sus partes las transformaciones históricas de la sociedad a la que pretende normar, es por eso que tomamos algunas de sus normas como sustento del avance de derechos, y otras como ejemplos de incongruencia con los avances sociales, políticos e históricos de diversos sujetos.

En México, las instituciones familiares fueron reguladas en principios fundamentales derivados de los sistemas jurídicos romano y canónico. Por lo que para el derecho de familia, todas las situaciones creadas por las nuevas tecnologías como son los

⁸⁵ SCJN. 9ª. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto 2011. “Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales)”.

nuevos modelos de familia posibilitados por el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, representan una obligación de replantear el derecho familiar.

Como señala Juan Silva Meza “*es indiscutible que el avance médico, social y tecnológico ha sido desmedido desde las últimas décadas hasta nuestros días, lo que implica necesariamente repensar la estructura y la base de nuestra sociedad: la familia.*”⁸⁶ Y citando a otra docta en la materia, Elena Pérez Duarte señala: “*la labor doctrinal se ha concretado, casi exclusivamente, a tratar de dar soluciones a estos nuevos problemas con viejos esquemas sustentados en la institución de derecho familiar, que tiene un matiz marcadamente patriarcal.*”⁸⁷ Aquí la necesidad de replantear, redefinir, reestructurar la forma en la que están reguladas las relaciones familiares en nuestra legislación.

Que el código civil vigente hasta nuestros días date de 1928, resulta ineficaz, pues es lógico que no dé respuesta a las situaciones de la sociedad actual. Lo que quiere decir que es prudente y recomendable valorar críticamente lo que supone la novedad científica y técnica, para hacer que de alguna manera ensanchen su ámbito para atender a intereses que antes quedaban fuera de ellos.

Esta evaluación crítica de alguna forma se puede atraer una propuesta pertinente para respondiendo a los cambios, pero previo a esto es preciso quitar argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios hacia las familias homoparentales, pues éstas como sujetos vulnerables social y jurídicamente, recientes las consecuencias de una regulación de familia, parentesco y filiación que no las tome en consideración en su redacción. Estamos convencidos de que en materia de derechos humanos, reproducción asistida y filiación, entre muchas otras esferas del derecho, no se puede dejar nada a la interpretación, a fin de dar certeza al sujeto.

⁸⁶ SILVA MEZA, Juan N. Transexualidad, matrimonio y adopción por las parejas del mismo sexo: criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ob cit. P.174.

⁸⁷ PÉREZ DUARTE YN. Alicia Elena. Derecho de Familia. Ob cit. p. 249.

Por último citando a Arámbula Reyes, el propósito de diversas instituciones creadas por el derecho es el de reafirmar, consolidar y proteger al grupo social, lo cual se cumple por una parte, con el establecimiento de deberes y obligaciones entre los miembros del grupo familiar, pero también, con la decisión del Estado de reconocer su responsabilidad en el apoyo a este grupo y traducirla en medidas legislativas y políticas gubernamentales adecuadas.⁸⁸

4.3. Relaciones familiares en la legislación del Distrito Federal.

En el sistema normativo vigente las instituciones y estructuras que regulan las relaciones familiares descansan en: el matrimonio, concubinato, parentesco, filiación y familia, por lo que haremos una transcripción del articulado, así como algún breve comentario al marco regulador vigente de las relaciones familiares.

4.3.1. Familia.

En la legislación del Distrito Federal no se define de manera directa a la familia, pero se establece de la lectura de su código civil, que tratándose de relaciones jurídicas familiares deben entenderse: *“aquellas generadoras de derechos, deberes y obligaciones y que surgen entre personas vinculadas por los lazos de matrimonio, parentesco o concubinato”*⁸⁹ y además señala que: *“las disposiciones a que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tiene por objeto proteger su organización y el desarrollo integran de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad.”*⁹⁰

Por su parte la Suprema Corte de Justicia señala: *“la protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador debe proteger...”*⁹¹

⁸⁸ Cfr. ARAMBULA REYES, Alma. Alma. Maternidad subrogada. Ob cit.p.98

⁸⁹ Artículo 138 Quintus. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹⁰ Artículo 138 ter. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹¹ SCJN. 9ª. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto 2011. “Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales)”.

De lo que destacamos que sin que en el código civil vigente exista una definición de familia, se le otorga un reconocimiento de núcleo fundamental y al mismo tiempo se constituye como sujeto de protección, sin responder a un modelo o estructura específica de constitución familiar específico.

4.3.2. El matrimonio.

Acto solemne que en el marco de la reforma del 21 de diciembre de 2009, al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, quedó redactado como "...*la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida...*"⁹² Cuestión que "abrió" la posibilidad al matrimonio entre personas del mismo sexo.

4.3.3. El concubinato.

Es una de las instituciones que compone el marco vigente de constitución familiar, en el que se consideran concubinos y concubinas a los que: "*han vivido en común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años...*"⁹³, así la noción de familia bajo esta norma no está circunscrita a relaciones basadas únicamente en el matrimonio, sino que abarca otros vínculos familiares de facto.

4.3.4. El parentesco.

Es el gran apartado en cuanto a relaciones familiares, tanto en la doctrina como en el derecho positivo. En primer lugar, el ordenamiento ratifica que: "*La ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.*"⁹⁴

⁹² Artículo 146. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹³ Artículo 291 Bis. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹⁴ Artículo 292. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

Repasando lo ya planteado, el parentesco consanguinidad es: “...el vínculo entre personas que descienden de un tronco común...”⁹⁵ y en su caso las equiparaciones al parentesco consanguíneo, las cuales expondremos más adelante.

El parentesco de afinidad, “es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre los cónyuges y sus respectivos parientes consanguíneos.”⁹⁶ Y el parentesco civil “es el que nace de la adopción.”⁹⁷

En este trabajo, el parentesco que nos interesa es el parentesco en línea recta de primer grado, es decir, la filiación consanguínea y sus respectivas equiparaciones, de las que deriva la filiación, con todo el cumulo de derechos, obligaciones y prohibiciones entre padres e hijos.

Lamm Leonora señal: que en general las leyes civiles distinguen entre filiación por consanguinidad y por adopción; atribuyen la paternidad sobre la base del matrimonio con la madre, la prueba genética de que alguien es padre biológico, o bien por medio de la forma más típica de la paternidad social, la adopción.⁹⁸ Pero ahora hay una variante a este paradigma, pues los cambios producto del empleo de las técnicas de reproducción han hecho, que las condiciones sociales ya normadas se modifiquen.

Estas modificaciones han encontrado su “solución” en la equiparación a la filiación consanguínea, lo que para mí significa que el legislador de alguna manera privilegia la voluntad como elemento esencial para la constitución del vínculo filial. Así la filiación “afectiva o voluntaria” como la ha llamado la doctrina moderna ha sido equiparada, igual que la adopción al parentesco por consanguinidad, como se aprecia en el artículo 293 del Código Civil para el distrito federal:

⁹⁵ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹⁶ Artículo 294. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹⁷ Artículo 295. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

⁹⁸ Cfr. LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Ob cit.. p. 76-91.

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

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”⁹⁹

Con esto se reconoce que hay tres tipos de parentesco consanguíneo de primer grado en línea recta o filiación, que guardan diferencias entre sí, pero que en general tiene consecuencias jurídicas similares como son: el surgimiento de la obligación alimentaria, derechos a la sucesión legítima, establecimiento de la tutela legítima, surgimiento de impedimentos para realizar ciertos actos jurídicos entre parientes consanguíneos, como el matrimonio. Pero como se aprecia en el mismo capitulo del código, solamente dos de estas filiaciones tienen una regulación específica en el código civil, y son el parentesco consanguíneo y la adopción.

4.4. Filiación en la legislación del Distrito Federal.

El código civil del Distrito Federal define la filiación como:

“... el vínculo que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquél, la cual surge con el nacimiento”¹⁰⁰

⁹⁹ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹⁰⁰ Artículo 330. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

En el matrimonio ésta se presupone con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio, y en el concubinato por reconocimiento o por presunción de paternidad, como se señala en los artículos 340, 324 y 391:

“La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.”¹⁰¹

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio...”¹⁰²

“A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probará con la posesión constante de estado de hijo. En defecto de esta posesión, son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, incluyendo aquellas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen...”¹⁰³

Como se acogió del derecho romano, llega al sistema normativo mexicano la filiación basada en tres principios fundamentales, señalados por Cervantes Villalta: la maternidad es siempre cierta; el marido de la madre es el padre del hijo o hija; y solo puede atribuirse un solo padre y una madre. Y de estas fuentes tradicionalmente se ha dicho que la determinación filial tiende a asegurar la identidad personal, es decir, el derecho de toda persona a obtener el emplazamiento en el estado de familia que de acuerdo con su origen biológico le corresponde.¹⁰⁴

¹⁰¹ Artículo 340. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹⁰² Artículo 324. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹⁰³ Artículo 391 Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹⁰⁴ Cfr. CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. Ob cit.

¹⁰⁴ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas Ob cit. p.41

La ley sobre estos tres principios fundamentales, regular los derechos y deberes paterno-filiales. Cuestión con la cual podemos sostener que la filiación es una figura jurídica que ha permanecido unida al hecho biológico del parto y a la presunción de la paternidad, pero como hemos señalado, actualmente se viven cambios tanto en la constitución de la familia como en los elementos que la originan, ya que siguiendo el propio código civil también se da parentesco por consanguinidad, *“entre el hijo producto de reproducción asistida y quien haya procurado atribuirse el carácter progenitor.”*¹⁰⁵

Esta última palabra, progenitor, implican una contradicción. Pues la equiparación de la reproducción asistida al parentesco por consanguinidad, deja de lado que como se ha venido planteando, y Elena Pérez Duarte señala acertadamente: *“de los avances científicos y tecnológicos que cuestionan nuestra forma de pensar y la estructuras sociales en que vivimos son los desarrollados en el campo de la genética... la genética ha echado por tierra un principio heredado del derecho romano que parecía incuestionable: hoy en día, mater non sempre certa est, la fecundación científica es ya una realidad que pone en duda la maternidad llamémosle genética, de tal suerte que la mujer que pare no necesariamente es la madre genética del recién nacido.”*¹⁰⁶ Y cabe hacer mención que madre genética, gestante y social, no recaen en todos los casos en la misma mujer.

El análisis de esta investigación me lleva a afirmar que la institución de la filiación requiere ser analizada a fondo pues ha quedado obsoleta al no poder responder a los cuestionamientos que se plantean desde hace 20 años con la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, pues han surgido diversas interpretaciones de la norma, y de principios que rigen la determinación de la filiación.

¹⁰⁵ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹⁰⁶ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? Ob cit. p. 5

4.4.1. Filiación consanguínea.

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común, la cual tiene distintas consecuencias jurídicas dependiendo del grado o línea de que se trate. Pero acotándolo al parentesco de primer grado en línea recta, estamos hablando de la relación que existe entre padres e hijos.

Actualmente, la filiación consanguínea con todos los derechos y obligaciones que la acompañan, tiene equiparaciones como son la adopción y la reproducción asistida. Y esta última como señala Brena Sesma: surte los mismos efectos, pues independientemente de la verdad biológica tiene todas las consecuencias legales entre ellas la creación de un verdadero status filii, aún más, un status familiae.¹⁰⁷

4.4.2. Filiación Civil o Adopción.

El 28 de mayo de 1998, *"la figura de la adopción plena se incorporó mediante las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación, ya que antes únicamente se preveía la adopción simple, es decir, aquella en la que sus efectos se limitan al adoptante y al adoptado."*¹⁰⁸ El 25 de mayo de 2000, se deroga el capítulo relativo a la adopción simple, quedando únicamente la adopción plena. Con estas reformas indirectamente se amplió la posibilidad de adoptar a parejas integradas por personas del mismo sexo. Por incidir de manera directa en lo dispuesto por el artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal que prevé:

*"Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo..."*¹⁰⁹

¹⁰⁷ Cfr. BRENA SESMA, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial. México. Boletín mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 82, enero-abril de 1995.

¹⁰⁸ SILVA MEZA, Juan N. Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo Ob cit. p. 177

¹⁰⁹ Ídem.

Equiparándose al parentesco consanguíneo, es decir, crea un vínculo de parentesco igual del que resulta de la paternidad y filiación consanguínea, así el artículo 293 en su tercer párrafo dice:

“En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”¹¹⁰

Al respecto la suprema corte de justicia, señala que *“...la adopción es la relación entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico, generándose, conforme lo dispone el artículo 396 del citado Código Civil, los derechos y obligaciones que la ley prevé para padres e hijos en una relación filial...”¹¹¹* Con diversos orígenes a observar, esta figura trata de proteger a la niñez abandonada, dar hijos a quienes no los tienen, integrar a la familia y/o legitimar una situación de hecho.

4.4.3. Filiación por Reproducción asistida.

Esta filiación esta equiparada al parentesco consanguíneo, como señala el artículo 293 del código civil para el distrito federal:

“...También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora...”¹¹²

En el entendido de esta nueva categoría de filiación tiene que considerarse que hay similitudes y diferencias con la filiación consanguínea y con la filiación de deriva de

¹¹⁰ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹¹¹ SCJN. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Julio de 2005. “Reconocimiento de hijo y adopción. Son actos jurídicos diversos”.

¹¹² Artículo 293, tercer párrafo. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

la adopción, intentando sistematizar haremos una diferenciación de las tres equiparaciones del parentesco consanguíneo y porque debe tener un propio articulado.

4.4.3.1. Diferencia con la filiación consanguínea.

La filiación derivada de las TRA's se diferencia de la filiación por consanguinidad porque en la primera no media acto sexual en la procreación; segundo mientras que en la filiación consanguínea el vínculo se funda en el elemento biológico (genético), en la filiación derivada de las TRA el vínculo no siempre es el elemento biológico, sino un vínculo que se funda en la voluntad.

Tercero, mientras que en la filiación por consanguinidad la impugnación se habilita por la falta de vínculo biológico; en la filiación derivada de las TRA lo que habilita la impugnación, es la falta de voluntad, es decir, falta de consentimiento previamente expresado.

4.4.3.2. Diferencias con la filiación por adopción.

La filiación derivada de las TRA se diferencia de la filiación por adopción porque en esta última, siempre falta el vínculo genético entre los padres y el niño, lo que puede variar en las técnicas de reproducción asistida, pues en general son utilizadas por aquellos que no quieren renunciar a tener un hijo "genéticamente propio".

En la filiación por adopción el vínculo surge con posterioridad al nacimiento del niño, es decir, el niño ya existe cuando surge la voluntad de adoptarlo, caso contrario de la filiación por TRA's, pues la voluntad de constituir el vínculo filial se expresa con anterioridad al nacimiento.

Otra diferencia es que además, la adopción la constituye el juez y en la filiación por reproducción asistida se supone constituida con el consentimiento expreso. Que suponemos que se debe otorgar ante el médico que hará el procedimiento, pues la norma es imprecisa en esta cuestión.

Por último filiación por adopción y por reproducción asistida, se asemejan porque en ambas el vínculo filial se determina por el elemento volitivo.

4.4.3.3. Diferencias de la filiación derivada de las TRA.

Mediante la técnica legislativa actual se dice que los hijos nacidos de reproducción asistida serán considerados consanguíneos. Pero no hay mención de si a los hijos nacidos en el matrimonio o en el concubinato a través de técnicas de reproducción, se les aplica la misma presunción, o si el consentimiento expresada previamente actuaría como reconocimiento de hijo; y por otra parte admitida la filiación por este medio y que la atribución de la paternidad no se efectúa por las reglas de la naturaleza, sino como consecuencia de una declaración de voluntad expresa. ¿Podemos decir que el principio biológico ha cedido ante el voluntarista?

Y ya que es la filiación de los nacidos por el uso de técnicas de reproducción, la cuestión más importante de su aplicación y dónde las normas se han visto más inconsistentes, es necesario hacer un señalamiento directo sobre la filiación derivada de las TRA's pues difiere de las otras dos, dando lugar a un tercer tipo de filiación que, como dije, es necesario sea previsto y regulado por el Código Civil. Pues genera una problemática particular y distinta a las de las otras dos filiaciones existentes, demandando soluciones propias.

Como se puede repasar del segundo capítulo, la fecundación por TRA's puede ser homóloga o heteróloga.

La inseminación homóloga, no presenta ningún problema jurídico en particular, pues el hijo concebido mediante alguna técnica es hijo de matrimonio. Lo que nos refleja únicamente que la norma se basa en el imperativo heterosexual puesto que únicamente en una relación heterosexual se puede realizar la inseminación homóloga.

La inseminación heteróloga, el empleo de esta técnica supone la introducción de material genético de un tercero, llamado donante, en el ámbito del matrimonio o de la pareja estable. Pero no debe de ser considerado como un obstáculo, puesto que la pareja en la que por alguna causa se emplee el auxilio médico para adquirir la paternidad o maternidad, saben con antelación que habrá que buscar a un tercero donador. De nuevo la voluntad de las partes es la que se interpreta en la búsqueda de la consolidación de lazos familiares.

Así, la pareja de homosexuales por lo menos hasta ahora está obligada a recurrir a un tercero, es decir, un donador de esperma en el caso de mujeres y una donadora de ovulo y/o madre sustituta en el caso de varones. En estos entendido, en el primer supuesto –pareja de mujeres- se tiene una paternidad genéticamente anónima y jurídicamente desconocida, y si la pareja de la mujer dio su consentimiento se está en el supuesto de una maternidad genéticamente cierta y una voluntaria, y jurídicamente cierta. En el caso de los varones si se otorgó el consentimiento se tiene una maternidad genéticamente anónima y maternidad subrogada, y dos padres jurídicamente ciertos.

Retomando, en el caso de la inseminación homóloga progenitores genéticos y biológicos serán los mismos padres sociales y jurídicos, pero las complicaciones aparecen con la fecundación heteróloga. Si la fecundación se realiza con semen u ovulo de donador, tendremos diferenciación entre padres sociales y progenitores genéticos.

Cuestiones que al mismo tiempo presenta la posibilidad de tener dos padres y tres madres, el genético y el social o afectivo, la donadora de ovulo o madre genética, la portadora del embarazo hasta el nacimiento y la mujer que solicitó la técnica o madre afectiva, misma que al presentar al hijo como propio ante el registro civil, puede aparecer como la madre jurídica.

La filiación por estos medios tiene una atribución a través de una serie de ficciones, de instituciones sociales y jurídicas que difieren del de solo una mera relación biológica. Los receptores de una inseminación artificial en el que conste consentimiento previamente expresado, no se unirán por un vínculo biológico, lo harán por lo que la doctrina moderna denomina "voluntad procreacional", que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque no lo sea, y si bien no se pretende que el legislador entre a la regulación específica de cada una de las técnicas de reproducción asistida, no debe dejar de lado la importancia del requerimiento de seguridad jurídica para la determinación de la filiación.

Retomando un señalamiento de Elena Pérez Duarte: *"es una invitación a tomar conciencia, pues de nada sirve ignorar una realidad. Los avances tecnológicos en el área de la genética han convulsionado desde sus cimientos el derecho de familiar. Todas y cada una de las instituciones familiares están involucradas y son cuestionadas por los resultados de las manipulaciones genéticas."*¹¹³

Y sí la filiación tiene como finalidad la de satisfacer el interés social de protección de la familia constituida, la protección del menor, una familia que se encuentra constituida, no puede dejarse en desprotección por la identidad sexual de quienes la conforman.

En cuanto a la equiparación de las técnicas de reproducción asistida en la legislación, se muestra el ánimo del legislador de seguir manteniendo principios *pro*

¹¹³ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, '¿La maternidad es siempre cierta? Ob cit.

hominem, pero a pesar de eso hay ausencias lógicas y no por elección del legislador, sino que éste no pudo pensar en situaciones que son absolutamente nuevas. Como señala Leonora Lamm, “estas técnicas sitúan al derecho de filiación ante un nuevo umbral, ya que al tratarse de relaciones nuevas, la homologación crea múltiples dificultades y polémicas sobre su tratamiento, aumentando la importancia de la voluntad, y disminuyendo el valor de la realidad biológica o genética.”¹¹⁴

4.4.3.3.1. El consentimiento en la reproducción asistida.

La voluntad, “desde el punto de vista del derecho privado, el término refiere a la intención –de alguna manera exteriorizada- de un sujeto que intenta la consecución de determinados efectos jurídicos.” Y “la voluntad jurídica, expresa la intención del sujeto (declaración de voluntad negocial) de contraer un determinado vínculo jurídico frente a otra persona.”¹¹⁵

Así la expresión de la voluntad a través de una declaración unilateral de la voluntad o consentimiento, la encontramos señalada escuetamente en la legislación aplicable en el artículo 398 del código civil, referente a la adopción:

*“Para que la adopción proceda deberán manifestar su consentimiento... El juez contará con amplias facultades para comprobar que el consentimiento fue otorgado en las condiciones señaladas.”*¹¹⁶

En cuanto al consentimiento en las TRA´S tenemos que el código civil del distrito federal lo menciona en su artículo 326:

¹¹⁴ LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Ob cit. p.5

¹¹⁵ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

¹¹⁶ Artículo 398. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

“El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos... Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”¹¹⁷

Pero no se señala nada sobre cómo debe otorgarse, sobre el contenido y la forma del mismo, mucho menos de las repercusiones que tendrá para la filiación del menor.

En la legislación aplicable a TRA`s nos encontramos con que en cualquiera de los tipos por los que se conforme la filiación es esencial el consentimiento. Pero tenemos que señalar la diversidad de consentimientos, pues son varios los sujetos que intervienen entre ellos: el médico, el donante y el receptor. Por una parte la mujer que se somete alguna técnica, el consentimiento de su cónyuge o concubino si es que lo/la tiene, del donador de células germinales y del médico que hará el procedimiento.

4.4.3.3.1.1. Médico.

El médico otorga su consentimiento como persona capacitada que actúa sobre el cuerpo de otra, es quien debe exponer las consecuencias de la manipulación médica al donador y al receptor.

4.4.3.3.1.2. Donante.

La ley general de salud, señala como es que debe de otorgarse el consentimiento en caso del donante, además que a debe ser a título gratuito y constar por escrito, así el artículo 333, señala:

¹¹⁷ Artículo 326. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

“Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante...”¹¹⁸

Además que esta misma ley, dispone que:

“La donación expresa podrá constar por escrito y 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 ésta 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... En todos los casos se deberá cuidar que la donación se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se deberán manifestar en el acta elaborada para tales efectos por el comité interno respectivo. En el caso de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas se estará a lo dispuesto en las disposiciones jurídicas que al efecto emita la Secretaría de Salud.”¹¹⁹

El donante otorga consentimiento autorizando a que utilicen sus células germinales pudiendo aceptar o no la paternidad del producto de las técnicas de reproducción. Y

¹¹⁸ Artículo 333. Ley General de Salud. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984. Última reforma publicada DOF 24-04-2013

¹¹⁹ Artículo 322. Ley general de salud. Ob cit.

en el caso de no aceptar la paternidad o maternidad, está renunciando a los lazos de filiación que podrían corresponderles por la "verdad biológica o genética".

En este país se ha prohibido la investigación de la paternidad de los menores nacidos a consecuencia de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, el Código Civil del Distrito Federal dispone en su artículo 293:

*"...la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida."*¹²⁰

Pero que pasa sí el donador no renuncia a la paternidad, estamos pues en el supuesto de una inseminación heteróloga en la que el donador coincide en el mismo sujeto que pretende atribuirse la paternidad, por eso sí el donador de células germinales no renuncia a la paternidad, debe otorgar consentimiento como sujeto receptor.

4.4.3.3.1.3. Receptor.

El receptor es el sujeto que expresa su consentimiento con la intención de aceptar la paternidad o maternidad del producto de la técnica de reproducción; pudiendo tener o no participación biológica y/o genética, pero a través del consentimiento acepta la responsabilidad de la relación paterno-filial. A lo que Cervantes Villalta, señala que ésta aprobación manifestada *"involucraría la voluntad de ser padre, deseo de responsabilidad procreacional, determinación del rol paterno; es decir, el consentimiento dado brinda seguridad al padre y a su hijo o hija"*.¹²¹

Cabe mencionar que ya no basta considerar únicamente el consentimiento expresado por el varón, sino también la mujer que se somete a una técnica de

¹²⁰ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹²¹ CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. Ob cit.

¹²¹ GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Ob cit.

reproducción asistida y otorga su consentimiento como donante, receptora o madre subrogada. Pues la mujer receptora que otorga su consentimiento para que se manipule su organismo, con la introducción de esperma, también en algunos casos implica la aceptación de la maternidad del hijo procreado.

Como podemos apreciar, la voluntad es el motor principal, indispensable en la celebración de éste acto jurídico; y el efecto más evidente de la expresión del consentimiento, es asumir la responsabilidad de la crianza del hijo que pudiere nacer. Y que a su vez actúa como una forma de reconocimiento de hijo, a través del cual se consolida un lazo de filiación.

4.4.3.3.2. Reconocimiento de hijo.

El reconocimiento de un hijo, constituye un negocio jurídico, es decir, un acto formal suficiente para atribuir el "estatus" de hijo, y que de acuerdo con el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, "*La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo*"¹²², la cual surge con el nacimiento, aunque también puede establecerse posterior a él, por medio del reconocimiento que haga el padre o la madre a través de las formas establecidas en el numeral 369 del ordenamiento legal en cita:

"El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

I.- En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II.- Por acta especial ante el mismo juez;

III.- Por escritura pública;

IV.- Por testamento;

V.- Por confesión judicial directa y expresa."¹²³

¹²² Artículo 338. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹²³ Artículo 369. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

El código Civil señala cuales son los derechos del hijo reconocido:

“El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos, tiene derecho:

I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;

II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley;

IV.- Los demás que se deriven de la filiación.”¹²⁴

Este reconocimiento de hijo como señala la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe ser únicamente del hijo propio, como se da en el caso de las técnicas de reproducción como se sostiene en la siguiente tesis asilada:

“De acuerdo con el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, la filiación es el vínculo que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquél, la cual surge con el nacimiento, aunque también puede establecerse posterior a él ante el reconocimiento que haga el padre o la madre en las formas establecidas en el numeral 369 del ordenamiento legal en cita, y en los términos establecidos por la ley... en tanto que la adopción es la relación entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico, generándose, conforme lo dispone el artículo 396 del citado Código Civil, los derechos y obligaciones que la ley prevé para padres e hijos en una relación filial; motivos que llevan a estimar que el reconocimiento únicamente puede efectuarse respecto del hijo propio, pues al tratarse de uno ajeno, el acto jurídico procedente es la adopción, de lo que resulta evidente que se trata de diversos actos legales regidos bajo procedimientos distintos regulados en el Código Civil, pues el reconocimiento se encuentra contemplado en los artículos 360 a 389 del indicado

¹²⁴ Artículo 389. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

*ordenamiento legal, en tanto que la adopción está prevista en los numerales 390 a 410-F del Código Civil.*¹²⁵

Aplicándose el derecho común a toda filiación puede decirse que aquellos concebidos dentro de matrimonio y el concubinato aunque se utilicen prácticas de fecundación asistida serán considerados como hijos matrimoniales, incluso aunque se hubiera producido donación de gametos, masculinos o femeninos, y así permanecerá mientras no sea impugnada, puesto que concurren los presupuestos para acreditar la filiación.

Pudiéndose considerar este reconocimiento de hijo por cualquiera de las formas del entendido del artículo, como una declaración unilateral de voluntad a través de un acto en el que se expresa la voluntad de la que se aduce la filiación.

En este entendido y desarrollo del consentimiento surge un planteamiento refiriéndonos a familias homoparentales, respecto de los hijos que nacen durante la convivencia estable de dos mujeres, puede atribuirse a ambas la maternidad, si consta el consentimiento de cada una, otorgado antes del nacimiento. Pero ¿Qué pasa si la mujer que dio a luz, no coincide con quien hizo la portación genética?

4.4.3.3. Presunción de Paternidad.

La presunción de paternidad (artículos 324 al 339 del código civil del distrito federal) se concretiza a través de la expresión de voluntad, como lo es el reconocimiento, en cualquiera de las formas que señala el propio código, en la actual redacción del articulado se señala que:

“Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I.- Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

¹²⁵ SCJN. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Julio de 2005. “Reconocimiento de hijo y adopción. Son actos jurídicos diversos”.

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio....”¹²⁶

El legislador con esta figura, pretende dar certeza a la filiación de los hijos a través de la presunción, por lo que debemos seguir con este espíritu para asegurar que la voluntad y el carácter de quienes pretenden atribuirse tal carácter. Pero si lo analizamos ésta deviene de una presunción de paternidad basada en un principio biológico, lo cual ya no resulta operante pues la redacción considera relaciones familiares heterosexuales.

4.4.3.3.4. Madre, Padre legal y progenitores.

Respecto de la madre y el padre legal o afectivo, encontramos que en la legislación no hay un criterio de distinción entre ambos, pues el legislador emplea los términos padres y progenitores como sinónimos. Y como hemos planteado con el uso de las TRÁS estas “figuras” pueden o no coincidir en la misma persona.

El código ocupa indistintamente padre-cónyuge y progenitor, por citar algunos ejemplos están los artículos 293, 389 y 416 bis:

“...entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora.”¹²⁷

“Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aun cuando no vivan bajo el mismo techo...”¹²⁸

¹²⁶ Artículo 324. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹²⁷ Artículo 293. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹²⁸ Artículo 416 Bis. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

“El hijo reconocido por el padre, por la madre, o por ambos tiene derecho:

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca...”¹²⁹*

Pero hay también varios artículos de los que se puede desprender la función del padre social o afectivo, como son el artículo 378 y el 382 del mismo ordenamiento:

“La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia podrá, contradecir el reconocimiento que alguien haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será de ciento veinte días contados desde que se tuvo conocimiento de él.”¹³⁰

“La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.”¹³¹

Así por ejemplo los antropólogos tienden a distinguir el pater o padre legal, del progenitor o padre biológico efectivo e igualmente con las madres.¹³² Y con el fin de ajustarse a las nuevas realidades sociales, el derecho haciendo uso de su dinamismo, debe hacer una clara distinción entre padres biológicos y afectivos o sociales, porque de otra manera perdería la funcionalidad, considerando que: *“la paternidad y la maternidad se acreditan -y así lo avalan diversas tesis- por actos*

¹²⁹ Artículo 389. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹³⁰ Artículo 378. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹³¹ Artículo 382. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹³² Cfr. FOX, Robín. Sistemas de parentesco y matrimonio. Ed. Alianza. España. 1967. p.31

*que muestren con evidencia la voluntad de los padres o de la familia, la constancia y la perseverancia en el ánimo o actitudes de continuidad, en la permanencia y la publicidad de tal actitud”.*¹³³

4.5. Propuestas de la sustentante.

La determinación de la filiación de las personas nacidas por el empleo de las técnicas de reproducción asistida, posiblemente, es la cuestión más importante que plantea su utilización y es en la cual las normas vigentes hasta ahora, se muestran más insuficientes. En el campo jurídico, estas técnicas han situado al derecho de filiación ante un nuevo umbral, ya que al tratarse de relaciones nuevas su convalidación crea múltiples dificultades y polémicas sobre su tratamiento, hay quienes claman márgenes de permisibilidad, sobre la base de considerar que de éste modo se logra que el ser humano, imposibilitado por múltiples razones de procrear, no vea frustrada su vocación de paternidad o maternidad como una forma de realización a la elección de su proyecto de vida dentro del marco co-existencial de libertad.

A lo largo del trabajo hemos hecho referencia a una forma de vida entre personas del mismo sexo, que si bien contemplada en el artículo 162 del código civil, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, no tiene una concordancia con el demás articulado para tener efectos más allá del reconocimiento de la relación vincular de la pareja, y como se dijo estos sujetos de derecho reclaman seguridad jurídica para la crianza de sus hijos y su conformación familiar y es ahí, dónde radica la importancia de aclarar en la legislación vigente conceptos tan importantes para el derecho de familia como son el de padre/madre y progenitor/progenitora, que vallan acorde a la avanzada de derechos sexuales y reproductivos. Y además contemplar las técnicas de reproducción como un nuevo

¹³³ ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. Ob cit. p.22

modo de conformación familiar que debe ser regulado en cuanto su uso y consecuencias.

Las técnicas de reproducción asistida han provocado la disociación de los elementos genético, biológico y volitivo, pasando a ser este último el elemento decisivo en la determinación de la filiación. Se trata pues de situaciones nuevas que no pueden resolverse intentando imponer viejas reglas, como se pretende al remitir al articulado de las otras dos filiaciones la "nueva", sino que se deben buscar y prever soluciones acorde a las problemáticas que hoy existen y a las que en el futuro se presenten, a fin de que viejos esquemas abarquen nuevos sujetos.

Las familias basadas en identidades sexuales diversas, son un hecho en todo el país e ignorarlas es tanto como dejarlas en una doble desventaja, social y jurídica. Lo trascendente de la homologación de la legislación que regula las relaciones familiares con la realidad social es porque ésta no admite interpretación por analogía o mayoría de razón y si no se está en presencia de supuestos específicos marcados por la ley, se está transgrediendo por defecto de la ley, el derecho otorgado constitucionalmente a todas las familias. Por lo que es preciso regular las "facultades omnímodas" del Juez de lo familiar así como Jueces del Registro Civil reduciendo "el subjetivismo" pues el Juez y el criterio que sostenga puede privar a un padre o a una madre del ejercicio de la paternidad.

Planteamientos del presente trabajo, nos llevan a desarrollar cuestionamientos de una serie de ausencias normativas en materia de relaciones familiares en la legislación del Distrito Federal. Y empleamos el término ausencia como, la situación de estado de incertidumbre que se va acentuando cada vez más con el transcurso del tiempo.

Así, sí las normas de filiación y atribución de paternidad, son de orden público y de interpretación estricta, las cuales se atribuye a través de las presunciones legales con las que tradicionalmente el derecho tutela el bienestar del menor. Surgen los

primeros cuestionamientos: tal como se encuentra regulada ¿incluyen a las familias homoparentales?, ¿cubre los requerimientos de seguridad jurídica? Y en la reproducción asistida equiparada a parentesco por consanguinidad ¿Ante quién debe otorgarse el consentimiento de los sujetos que intervienen?, ¿Qué pasa con la inseminación heteróloga?

En definitiva estamos ante un cambio de paradigmas que generan un tercer tipo de filiación, que debe preverse de manera autónoma en el Código Civil, mediante normas específicas que claramente determinen su aplicación de manera uniforme para todos los casos, sus formalidades y requisitos, su régimen propio de impugnación, etc. Así como introducción de conceptos básicos indispensables, como reproducción asistida, padre, madre, progenitor, progenitora. Y cuando hayamos llegado a responder a tales interrogantes estaremos en disposición de plasmar la nueva concepción de las relaciones paterno-filiales.

4.5.1. Los consentimientos en la reproducción asistida. Reconocimiento de hijo.

Como se ha venido desarrollando, en cualquiera de los tipos por los que se constituya la filiación es esencial el consentimiento previamente manifestado, pero en las técnicas de reproducción se pone en evidencia la necesidad de reestructurar el sistema que adoptó el código civil, pues actualmente no se considera que el consentimiento o voluntad expresada en las técnicas de reproducción asistida sea una forma de reconocimiento de las consecuencias jurídicas de ser padre o madre.

La regulación no resulta nada fácil, prueba de ello es que ningún país latinoamericano cuenta con una legislación específica y sistemática sobre la materia, pero proponemos se incluyan en el código civil un apartado específico que se refiera elementos relevantes en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción asistida, que se señale claramente cómo debe expresarse el consentimiento de los actores en las técnicas de reproducción, donador,

solicitante. La responsabilidad del médico de recabar los consentimientos previos e informados, señalando cuando éste quedará privado de sus efectos, así como sus consecuencias; igualmente regular los aspectos administrativos y sanitarios en la aplicación de las técnicas, el control de la autoridad sobre los centros de salud donde se realice. Para lo cual proponemos, en el mismo orden:

En el caso del *médico*, este debe seguir determinadas pautas de actuación profesional, así como brindar la información suficiente para que donador y solicitante, tengan sabidas las consecuencias de llevar a cabo algún procedimiento médico de reproducción asistida. Además que sobre el médico deben recaer ciertas obligaciones de aspecto administrativo y sanitario impuestas por la secretaria de salud.

En relación a *cómo debe de expresarse el consentimiento* los actores en las técnicas de reproducción. Proponemos un artículo más o menos en la siguiente tesitura, para sumar seguridad jurídica a la expresión de la voluntad, así como a la aceptación de las repercusiones sobre cada uno de los sujetos que intervienen:

“En las técnicas de reproducción asistida, corresponde dar su consentimiento previo y por escrito, al donador y solicitante de la técnica de reproducción. Otorgado ante el médico que realizara el procedimiento, el cual tiene la obligación de brindar la información pertinente.”

Específicamente la o el *donador* de células germinales debe expresar su consentimiento para que se disponga de sus gametos, y en este sentido concordamos con lo expresado por la Ley general de Salud, que en relación al donante, señala dos cuestiones importantes:

“La donación expresa podrá constar por escrito y 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 ésta 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... En todos los casos se deberá cuidar que la donación se rija por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad, condiciones que se deberán manifestar en el acta elaborada para tales efectos por el comité interno respectivo. En el caso de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas se estará a lo dispuesto en las disposiciones jurídicas que al efecto emita la Secretaría de Salud.”¹³⁴

“Se requerirá que el consentimiento expreso conste por escrito:

I. Para la donación de órganos y tejidos en vida, y

II. Para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas en vida.”¹³⁵

La forma en que el donante debe de otorgar su consentimiento, aún seguimos a la Ley general de Salud, únicamente cambiando que conviene por practicidad que sea el médico quien recabe el consentimiento, el artículo 333 señala:

“Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

b) El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la presente Ley, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante...”¹³⁶

¹³⁴ Artículo 322. Ley general de salud. Ob cit.

¹³⁵ Artículo 323. Ley general de salud. Ob cit.

¹³⁶ Artículo 333. Ley General de Salud. Ob cit.

Pero hay una cuestión que falta considerar y es que el donador según el caso, puede o no aceptar la paternidad del producto de la técnica, por lo cual es indispensable que la legislación se exprese sobre esto:

“En el consentimiento el donador debe referirse expresamente, si renuncia o no a la paternidad del producto de la reproducción asistida, si no renuncia a este otorgara consentimiento como solicitante.”

En cuanto al *Solicitante* o receptor de la técnica, su consentimiento significa que acepta el cumulo de derechos y obligaciones de la relación paterno filial que pretende crearse. Y es por lo cual en este tipo de procreación el elemento volitivo es el constitutivo de la filiación, pues ser padre o madre es mucho más que un vínculo genético o biológico, es querer ser padre o querer ser madre; y eso es precisamente lo que permite la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida prevea un sistema basado en la voluntad.

Sustituyéndolo el dato biológico por la libertad y responsabilidad de la procreación, además de coincidir con la voluntad de la pareja solicitante es el criterio más favorable a los intereses del menor, pues se fija legalmente quienes serán sus padres y por tanto en quien recaen todas las obligaciones de la filiación. Por lo que debería considerar en cuanto al consentimiento del solicitante, que:

“El solicitante debe expresar que acepta todo el cumulo de obligaciones de la filiación que pretende crearse”

En cuanto al *consentimiento* como hemos visto hay dos sujetos que deben manifestarse, el donador y el solicitante, y siendo el consentimiento como es un acto jurídico debe suponerse que quien lo otorga tiene facultades de goce y de ejercicio, es decir ser mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales.

Pero para que el consentimiento tenga la “fuerza” de constituirse como una lazo de filiación, debe actuar como reconocimiento de hijo, para lo cual primero éste debe estar debidamente regulado en cuanto a su forma, contenido, consecuencias y requisitos mínimos a su acceso, para que sin atender a un tipo específico de conformación familiar constituya un vínculo filial; Y segundo estar expresamente incluido en el artículo 369, referente a las formas en que debe hacerse el reconocimiento de un hijo, sumando a las ya contempladas para quedar como:

Artículo 369.- El reconocimiento de un hijo deberá hacerse por alguno de los modos siguientes;

“VI. Tratándose de reproducción asistida, el consentimiento previamente expresado ante médico o notario.”

Así incluyendo el consentimiento en la norma jurídica aplicable, permite un efectivo reconocimiento al tercer tipo de filiación que ya ha sido equiparado desde las reformas al artículo 293, el cual refiere que las técnicas de reproducción asistida son equiparadas a la filiación consanguínea. *“Artículo 293....También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora...”* A lo que es de importancia, modificar el señalamiento de progenitores.

Importante de igual forma es prever cuando el consentimiento quedara privado de sus efectos, para lo cual proponemos seguir la legislación Francesa:

“El consentimiento quedará privado de efecto en caso de fallecimiento, de presentación de una demanda de divorcio o de separación de cuerpos o de cese de la convivencia antes de realizarse la reproducción asistida. Quedará igualmente privado de efecto cuando el hombre o la mujer lo revoque, por

escrito y antes de la realización de la reproducción asistida, ante el médico encargado de comenzar esta asistencia”¹³⁷.

Así una regulación exacta sobre las técnicas de reproducción asistida a través de la constancia de aceptación de inseminación, es decir, el consentimiento debidamente expresado por ambos cónyuges o concubinos, debería bastar para que la pareja se atribuya la paternidad.

Así expresando en la norma estas cuestiones de trascendencia para la atribución de la paternidad, se simplifica y se da certeza jurídica a las familias que se constituyen a través del uso de los avances científicos y si los solicitantes tienen debidamente cumplidos los requisitos, el reconocimiento del hijo será meramente el de levantar el acta de nacimiento con la presentación del menor, de los consentimientos previamente expresados y la presencia de los dos cónyuges o concubinos ante el juez del registro civil.

4.5.2. Voluntad procreacional, distinguiendo progenitoras biológicos y padres sociales.

El avance científico en la doctrina moderna nos enseña que existe una tercera clase de filiación, la cual respondiendo a fines didácticos, ha sido llamada “filiación voluntaria o voluntad procreacional”. Esta filiación sitúa al derecho de filiación ante un nuevo umbral, ya que al tratarse de relaciones nuevas la homologación crea múltiples dificultades y polémicas sobre su tratamiento, pues se ha “desbiologización” y/o “desgenetización” la forma de atribución de la filiación, primando al efecto, la voluntad y la intención. Así ahora lo que funda la

¹³⁷ Artículo 311-20. Código Civil Francés. (Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994 art. 10 Diario Oficial de 30 de julio de 1994) (Orden nº 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 3, art. 7 Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006) Traducción: Dra. Michèle MESTROT, Profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour.

filiación jurídica no es la capacidad reproductiva (el elemento biológico) sino la voluntad (el elemento volitivo).

Planteando el marco jurídico aplicable, del cual se permite una lectura sobre la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, como una nueva categoría de filiación, en la que la voluntad materializada en un consentimiento por escrito sea el vínculo, tenemos que el código civil para el distrito federal en su artículo 162, dice:

“...Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.”¹³⁸

Pero además si este artículo se acompaña de la lectura del artículo 338 bis, aclara que:

“La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen.”¹³⁹

Y el artículo 4 constitucional:

“El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.”

En base a estos artículos nos encontramos ante un marco amplio que soporta la avanzada de derechos sexuales y reproductivos, así como el empleo de las técnicas de reproducción asistida y su equiparación a la filiación consanguínea, pero debemos tener en consideración que en el articulado actual del Código Civil

¹³⁸ Artículo 162. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

¹³⁹ Artículo 338 Bis. Código Civil para el Distrito Federal. Ob cit.

para el Distrito Federal no contempla un apartado específico para la llamada “filiación afectiva o voluntad procreacional”.

El ponderar la voluntad procreacional como determinante de la filiación para quienes realmente desean ser padres o madres, independiente de la verdad biológica, con todas las consecuencias legales entre ellas la creación de un verdadero Estado de hijo y aún más un Estado de familia. Aceptamos el hecho de que ponderar la voluntad provoca indiscutiblemente cambios pero no tantos como para cambiar de fondo las representaciones colectivas sobre la paternidad.

Y ya ante la discusión sobre el reconocimiento de la voluntad procreacional, salta a la vista una cuestión con la sola lectura al articulado que regula las relaciones familiares en el código civil. Pues como hemos dicho el avance tecnológico ha trastocado conceptos como padre, madre y progenitor y progenitora, pero el derecho en su norma aplicable no hace distinción en de estos conceptos, es más los ocupa como sinónimos. Lo que a consideración es una cuestión que requiere ya una re-definición y distinción de conceptos biológicos y culturales, en el ámbito de la reproducción humana a partir de las posibilidades ofrecidas por la ciencia.

Distinción progenitor/progenitora y de padre/madre.

Además de la ya citada “nueva” filiación, los avances de la ingeniería genética en materia de procreación hacen que la figura jurídica de la filiación se impacte y, por ende, los conceptos de paternidad y maternidad que de la misma se derivan, a lo que corresponde la necesidad de replantear de nuevo el orden familiar establecido, pues por lo que corresponde a padre, madre y progenitor hoy no son sinónimos.

Así que el reto y discusión esta sobre, definir las figuras de paternidad y maternidad como roles sociales complejos alejados de su derivación natural y

certeza biológica. Esta diferenciación del vínculo entre padres sociales y biológicos, exige una definición de paternidad que también los diferencie.

Y ya que en la legislación no hay una clara distinción entre los padres y progenitores, se propone plasmar en el articulado pertinente y aprovechando que en nuestro idioma se facilita pues se cuenta con términos latinos bien diferenciados, conceptos de progenitores y padres, considerando previamente que actualmente la idea naturalista de la correspondencia ineluctable entre filiación biológica y filiación jurídico-social, es decir, entre progeneritura y paternidad/maternidad, no son sinónimos, retomando lo expresado en el segundo capítulo:

Progenitores biológicos o genéticos:

Como su nombre se deriva de griego gennetikós (genitivo, engendrador), derivado de génesis (origen, nacimiento), que significa “generación, producción”. Entonces al referirnos a los progenitores genéticos, en sentido estricto a quienes pertenece el material genético utilizado en la reproducción. Al referirnos a la progenitora mujer, puede haber dos formas de desarrollarse como progenitora: Genética y gestante. Progenitora genética es la mujer a quien pertenece el gameto, ovulo, empelado en la fecundación. La gestante es la mujer que soporta el hecho biológico de la gestación. Intentando una definición amplia de estos sujetos tenemos que:

“Progenitor es aquel sujeto a quien pertenece el material genético empleado en la técnica de reproducción asistida, el cual debe hacer mención específica al expresar su consentimiento sobre la paternidad del producto de la reproducción asistida”

Padres sociales o afectivos:

La idea de paternidad se puede caracterizar, sin temor a error, como un rol social complejo, que se acredita por actos que muestren con evidencia la voluntad de ser padre, con la responsabilidad que esto conlleva.

Así para definir al padre social, seguimos parte del artículo 378 del código civil para el distrito federal, el cual hace referencia implícita al padre como:

“La persona que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve, que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia.”

Lo que se consigue con una adecuada legislación es que el menor tenga una mayor seguridad económica, afectiva, derechos hereditarios sobre los bienes de ambas madres o padres, los beneficios de la seguridad social y de los seguros médicos. Además, permite que ante una ruptura de la pareja el padre o madre no biológica pueda tener derechos de visita con su hijo. Ayudando a dar la solidez a los lazos de filiación no solo de las familias homoparentales, sino también de las familias heteroparentales que mediante técnicas de reproducción asistida se constituyen.

Reconociendo que no se puede seguir intentando regular la reproducción asistida sin una reestructuración conceptual que acoja las nuevas tendencias. El jurista actual puede optar por la elaboración de un nuevo sistema de filiación jurídico y social, con terminología idónea y un régimen jurídico apropiado; o adecuar los viejos esquemas conceptuales y legales, y dentro de éstos determinar quién será el padre y/o la madre del nacido por procreación médicamente asistida, haciendo hincapié en los intereses del niño y en la responsabilidad del adulto o los adultos implicados.

En ese ejercicio legislativo es importante buscar respuestas alternativas para tratar la filiación de manera amplia y respetuosa, permitiendo el uso de las técnicas reproductivas cuando se observe un deseo de asumir la maternidad y la paternidad, en su caso, como responsabilidad y verdadera compromiso hacia el hijo. Siguiendo con la tendencia histórica de impartición de justicia equitativa entre los ciudadanos. Y ahora las exigencias son la equiparación jurídica de las minorías sexuales para no sufrir de discriminación jurídica, así como la adaptación jurídica a las condiciones y posibilidades científicas.

Por lo que es necesaria la superación de una visión de la familia desde las posturas de "estigmas" de género, para dar lugar a la visión respetuosa de las construcciones familiares desde identidades sexuales diversas, para la reivindicación de un modelo de familia donde la dignidad de sus miembros y la igualdad en sus relaciones ocupe el lugar que requiere.

CONCLUSIONES

Partiendo de los diversos campos del conocimiento abarcados en este estudio, como fueron la antropología, medicina y derecho, hemos llegado a una serie de conclusiones, las cuales son una suma de los razonamientos sobre las actuales modificaciones que plantea la aplicación del avance científico en la reproducción humana. Así las conclusiones a las que he llegado son:

PRIMERA.- Las familias homoparentales son familias con los mismos derechos que las demás, dando cuenta de uno de los modos de parentalidad siendo una realidad que se produce dentro de un contexto de cambio histórico, que conducen a la modificación jurídica.

La importancia de consideración a la familia como institución en constante cambio, y no solo como el conjunto de derechos y obligaciones inmutables al tiempo, es el reclamo de congruencia de la normativa. Así la familia homoparental unida por lazos de parentesco requiere una regulación exacta de la filiación, para que dicha figura jurídica siga cumpliendo con la función social de protección del menor y de la familia misma.

SEGUNDA.- El avance científico ofrece opciones para la construcción de núcleos familiares diversos, los cuales salen de las normas instituidas, pues éstas no se realizaron pensando en constituciones familiares diversas, así pues las situaciones actuales han rebasado la ley.

Siendo indispensable considerar el avance de la tecnología reproductiva y al mismo tiempo de los derechos sexuales y reproductivos tan en boga en el presente siglo, porque estos dos factores son efectivamente los que plantean la necesidad de cambios paradigmáticos en el derecho de familia.

TERCERA.- Con estos avances científicos nos encontramos que ahora no son ya las barreras biológicas las que niegan la posibilidad de constitución del núcleo familiar homoparental, pues la opción científica está al alcance y permite dar ese paso. Ahora son barreras culturales o jurídicas las que niegan, pues su admisibilidad en el fondo yace en cuestiones éticas, religiosas, culturales, morales y jurídicas.

CUARTA.- Los “nuevos” sujetos de derecho que buscan su reconocimiento son pues, hombres y mujeres homosexuales que a través de las técnicas de reproducción asistida tienen capacidad de hacerse de un lugar en el proceso de filiación, situación que se aleja al derecho en general de las situaciones para las que había sido pensado, las cuales requieren una readaptación de sus textos, considerando de nuevo familia, parentesco y filiación en relación con los derechos reproductivos y el acceso a las nuevas tecnologías, a la vez delimitados bajo los principios de igualdad y no discriminación. Pues la no regulación específica da lugar a la interpretación del juzgador, con lo cual se vulnera la seguridad jurídica de la familia cualquiera que sea la identidad sexual de los padres.

QUINTA.- Referente a las normas jurídicas estas deben sostenerse en los criterios rectores de justicia, equidad y seguridad jurídica. Presentándose como necesaria una revisión de la legislación en varios aspectos: Replanteando lo referente a las técnicas de reproducción; su equiparación a la filiación consanguínea y; diferenciando la paternidad social y la biológica en la legislación. Esto para que concuerde con la avanzada de derechos sexuales y reproductivos, protegidos en la misma legislación. Guardando la equidad de las normas, al no hacer normas especiales para las familias homoparentales, sino contemplando e integrando su reconocimiento a la redacción de la legislación, para que las reglas de parentesco y filiación apliquen del mismo modo a cualquier tipo de composición familiar.

SEXTA.- Hoy en día, los principios mater non semper certa est y el marido de la madre es el padre del hijo o hija; ya no pueden ser sostenidas, pues la

fecundación científica es ya una realidad que pone en duda estos paradigmas, de tal suerte que los progenitores no necesariamente coinciden con los que pretenden ser los padres afectivos del recién nacido.

Y sí la filiación tiene como finalidad la de satisfacer el interés social de protección de la familia constituida, la protección del menor, no puede dejarse en desprotección por la identidad sexual de quienes la conforman.

SEPTIMA.- Es necesario regular el consentimiento expresado previo a la técnica de reproducción asistida, como una nueva categoría de filiación o parentesco consanguíneo, como requisito mínimo de acceso a las TRA's, a fin de dar seguridad jurídica a la filiación del menor, en la que la voluntad materializada en un consentimiento por escrito sea el vínculo.

Y para que la voluntad expresada, sea considerada como elemento fundamental para establecer la filiación en las TRA's, es necesario distinguir en la legislación entre padre/progenitor y madre/progenitora. El cuidado en la redacción de las normas que rigen las relaciones familiares, es de vital importancia pues, si no hay una integración de conceptos esenciales, implícitamente se está acotando la interpretación y vulnerando la seguridad jurídica; además de hacer más complicada la exigibilidad para la protección de las familias en general.

OCTAVA.- El derecho haciendo uso de su dinamismo, debe hacer una clara distinción entre padres biológicos y afectivos o sociales, porque de otra manera perdería la funcionalidad, considerando que la paternidad y la maternidad se acreditan por actos que muestren la voluntad e intención de los padres o de la familia, así como la continuidad y la publicidad de tal actitud.

NOVENA.- La propuesta es que se trate de una manera conjunta la voluntad procreacional es decir, que se respete libertad para el ejercicio de la paternidad, cualquiera que sea la forma por la que se concrete. Lo que quiere decir que hay

que valorar lo que supone la novedad científica y técnica, y que es precisamente esa novedad la que hay que evaluar críticamente, y sí sirve retomar “viejos” derechos tomarlos, pero haciendo que ensanchen su ámbito para atender a intereses que quedaron fuera de ellos.

BIBLIOGRAFÍA

ALIZALDE, Miriam. Homoparentalidades: Nuevas familias. "Pensando la homoparentalidad". Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer. Ed. Lugar. Argentina. 2007

ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [Citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf

ARRIAGA, Carol B. Los derechos sexuales y reproductivos. [En línea] 2007. www.decidiresunderecho.org. [Citado 20/06/12].

BRENA SESMA, Ingrid. Algunas consideraciones en torno al derecho a la reproducción por medio de inseminación artificial. México. Boletín mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 82, enero-abril de 1995.

CANESSA VILCAHUAMAN, Rolando Humberto. Problemas jurídicos que plantean las técnicas de reproducción humana asistida en la legislación civil peruana. Lima. 2008.

CASTAN TOBEÑAS, José. Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Familia. Tomo Quinto. 9a Ed. Editorial Reus. S.A., España. 1976.

CECCARELLI, Pablo Roberto. Homoparentalidades: Nuevas familias. "Configuraciones edípicas contemporáneas: reflexiones sobre las nuevas formas de paternidad" Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer, Argentina, 2007

CERVANTES VILLALTA, Édgar. Derecho de Familia. "Necesidad de replantear el concepto de vínculo filial en los proceso heterólogos de la reproducción asistida". [En línea]. Costa Rica. 2011. Escuela Judicial de Costa Rica. [Citado 11/10/12], p. 11-34 Disponible en: http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/Descargas/Revista_de_Familia.pdf

CHAVEZ ASECIO, Manuel. La familia en el derecho. 4a ed. Ed. Porrúa. México. 1997.

Código Civil Francés. (Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994 art. 10 Diario Oficial de 30 de julio de 1994) (Orden nº 2005-759 de 4 de julio de 2005 art. 3, art. 7 Diario Oficial de 6 de julio de 2005 en vigor el 1 de julio de 2006) Traducción: Dra. Michèle MESTROT, Profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour.

COUTURE, J. Eduardo. Vocabulario jurídico. 4a reimp. Ed. Palma. Argentina, 1991.

Código Civil para el Distrito Federal. Fecha de publicación en D.O. 26/05/1928. Fecha de modificación en G.O. 23/07/2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile.

Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas) p. 47

Declaración del 13avo. Congreso Mundial de Sexología, 1997, Valencia, España revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, WAS, el 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología, Hong Kong, República Popular China.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 22ava Ed. Ed. España. 2001.

Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 3a edición. Ed. Porrúa. México. 2007.

EVA ROTENBERG, et al. Homoparentalidades: Nuevas familias. Ed. Lugar. Argentina, 2007.

FLORES GARCIA, Fernando. Ensayos Jurídicos. "inseminación artificial y otras vías de fecundación en la especie humana". Ed. Porrúa. México. 2006.

FOX, Robín. Sistemas de parentesco y matrimonio. Ed. Alianza. España. 1967.

GARFIAS GALINDO, Ignacio. Estudios de derecho civil. 3a edición. Ed. Porrúa. México. 1997.

GÜITRON FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el derecho familiar? 3a Ed. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales. México. 1987.

GUZMAN AVALOS, Aníbal. Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. "Un nuevo modo de filiación". Ed. Universidad Veracruzana. México. 2001.

Informe acción de inconstitucionalidad 2/2010. Procuraduría General de la República vs. Asamblea legislativa del Distrito Federal y Jefe de Gobierno del Distrito Federal.

JAUREGUI, Jesús. Las relaciones de parentesco. Nueva Antropología, México, núm. 10. Enero 1982.

KATHELEEN GOUCH. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. "El origen de la familia". 2ª Ed. España. 1976.

LAMM, Eleonora. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Revista de Bioética y derecho, núm. 24, enero 2012, p. 76-91.

LEVI-STRAUSS. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. "La familia". 2a Ed. España. 1976.

MELFORD E. Spiro. Polémica sobre el origen y la universalidad de la familia. "¿es universal la familia?". 2a Ed. España. 1976.

- MENDEZ ACOSTA, María Josefa. La filiación. Ed. Rubinzal y Culzoni. Argentina. 1968.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo. La reproducción asistida en México. un enfoque multidisciplinario. [En línea], México. Cuadernos del núcleo de estudios interdisciplinarios en salud y derechos humanos. Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/81/4.htm>
- MURILLO DE LA CUEVA, Lucas. Derechos fundamentales y avances tecnológicos, Los riesgos del progreso [En línea], Instituto de Investigaciones Jurídicas. Boletín Mexicano de Derecho comparado. México. núm. 109 [citado 16-08-12] Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/109/art/art3.htm>
- NAVARRO VIÑUALES, José. El nuevo derecho de familias. "modificaciones legislativas y tendencias doctrinales". Ed. Civitas. España. 2006. PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2a Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 2007.
- NOTICIAS CLAM. Familias en plural. [En línea], Brasil. 2011. [Citado 11/11/12], Centro latino-americano em sexualidade e direitos humanos. Disponible en: <http://www.clam.org.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate>
- PINA VARA, Rafael de. Elementos de derecho civil mexicano. Ed. Porrúa. México. 2000.
- PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. 2a Ed. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. D.F. 2007
- PÉREZ DUARTE Y N, Alicia Elena, “¿La maternidad es siempre cierta? La modernidad del derecho frente a los avances médicos”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. 22, núm. 65, mayo-agosto de 1989.
- PEREZ DUARTE Y N, Alicia Elena. Una lectura de los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de género. “Panorama internacional entre 1994 y 2001”. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002, pp. 1001-1027.
- Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.
- Programa de acción, adoptado por la conferencia internacional de población, el Cairo 5-13 Septiembre 1994. [En línea] Disponible en: <http://www.unfpa.org/public/site/global/publications/pid/1973>
- RECASENS SICHES, Luis. Sociología, 14° Ed. Ed. Porrúa. México. 1976.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de derecho civil. Introducción, personas y familia. 2a edición. Ed. Antigua librería Robredo. México. 1964.

ROUDINESCO, E. La familia en desorden. Ed. Fondo de Cultura Económica. Argentina. 2003.

ROTENBERG, Eva. Homoparentalidades: Nuevas familias. "La homosexualidad y el deseo de un hijo: su impacto en la parentalidad" Compiladoras: Eva Rotenberg, Beatriz Agrest Wainer, Ed. Lugar. Argentina, 2007.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Acción de inconstitucionalidad A.I. 2/2010, 16 de agosto de 2010, págs. 263 y 264. Referencia caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. CIIDH.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. 9ª. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; XXXIV, Agosto 2011. "Familia. Su protección constitucional comprende a la formada por parejas del mismo sexo (homoparentales)".

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; XXII, Julio de 2005. "Reconocimiento de hijo y adopción. Son actos jurídicos diversos".

SILVA MEZA, Juan N., autor. Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo: criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México. Porrúa, 2011.

ANEXOS

Época: Novena Época

Registro: 161309

Instancia: PLENO

Tipo Tesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXXIV, Agosto de 2011

Materia(s): Constitucional

Tesis: P. XXIII/2011

Pág. 871

[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 871

FAMILIA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPRENDE A LA FORMADA POR PAREJAS DEL MISMO SEXO (HOMOPARENTALES).

La protección constitucional de la familia no obedece a un modelo o estructura específico, al tratarse de un concepto social y dinámico que, como tal, el legislador ordinario debe proteger. Por tanto, si el matrimonio entre personas del mismo sexo es una medida legislativa que no violenta la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es insostenible que dichas parejas puedan acceder a la institución del matrimonio pero no a conformar una familia, que en todo caso debe ser protegida en las diversas formas en que se integre, máxime que ello incide definitivamente en la protección de los derechos de la niñez, como es crecer dentro de una familia y no ser discriminado o visto en condiciones de desventaja según el tipo de familia de que se trate.

PLENO

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 2/2010. Procurador General de la República. 16 de agosto de 2010. Mayoría de seis votos a favor del contenido del considerando quinto de la sentencia respectiva. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos y José de Jesús Gudiño Pelayo. Los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano y Presidente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia no participaron en la votación de las consideraciones respectivas. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco.

El Tribunal Pleno, el cuatro de julio en curso, aprobó, con el número XXIII/2011, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a cuatro de julio de dos mil once.

Época: Décima Época
Registro: 2002008
Instancia: PRIMERA SALA
Tipo Tesis: Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Localización: Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2
Materia(s): Constitucional
Tesis: 1a. CCXXX/2012 (10a.)
Pág. 1210

[TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 1210

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA COMO DERECHO HUMANO EN EL DERECHO INTERNACIONAL. SU CONTENIDO Y ALCANCE.

Los artículos 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen la protección de la familia como derecho humano. Ahora bien, de la interpretación que de este derecho han realizado diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos, deriva su contenido y alcance: a) la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado; b) la familia y el matrimonio no son conceptos equivalentes, lejos de ello, el matrimonio únicamente es una de las formas que existen para formar una familia; c) el derecho de protección a la familia implica favorecer ampliamente el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, mas no del matrimonio; d) por el simple nacimiento de un niño, existe entre éste y sus padres un vínculo que implica vida familiar, donde el goce mutuo de la compañía constituye un elemento fundamental de aquélla, aun cuando la relación de los padres esté rota, por lo que medidas nacionales que limiten tal goce sí conllevan una interferencia al derecho a la protección de la familia; así, una de las interferencias más graves es la que tiene como resultado la división de una familia; e) la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen como legítima la disolución del vínculo matrimonial, siempre y cuando se asegure la igualdad de derechos, la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges y la protección necesaria de los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos; y, f) ningún instrumento internacional en materia de derechos humanos ni sus interpretaciones, se pronuncian sobre procedimientos válidos o inválidos para disolver el vínculo matrimonial, lejos de ello, dejan en libertad a los Estados para que en sus legislaciones establezcan los que consideren más adecuados para regular las realidades propias de su jurisdicción, siempre y cuando ninguno de éstos se traduzca en un trato discriminatorio en los motivos o en los procedimientos.

PRIMERA SALA

Amparo directo en revisión 1905/2012. 22 de agosto de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lucia Segovia.

Novena Época
Registro: 173761
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Tesis Aislada
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo : XXIV, Diciembre de 2006
Materia(s): Civil
Tesis: II.2o.C.509 C
Página: 1344

GUARDA Y CUSTODIA DE MENORES. LA PRETENSIÓN DE CAMBIO DE LA SITUACIÓN JURÍDICA PREEXISTENTE, ESTÁ SUPEDITADA A QUE PREVIAMENTE SE CUMPLA CON LA CONDICIÓN DE ENTREGA DE LOS INFANTES A FAVOR DE QUIEN EJERCE ESA GUARDA Y CUSTODIA, LEGAL Y FORMALMENTE DECRETADA EN SENTENCIA FIRME.

El derecho de familia es un conjunto de normas jurídicas dirigidas a regir la conducta de los miembros del grupo familiar entre sí, procurándose el mejor desenlace en las relaciones conyugales y consanguíneas constituidas por un sistema de derechos y obligaciones, poderes, facultades y deberes entre consortes, hijos y parientes. Esas facultades y deberes de carácter asistencial que nacen entre los padres, hijos, parientes colaterales (hermanos, tíos, sobrinos, etcétera), tienen como objetivo tutelar los derechos entre ascendientes y descendientes, sujetándose a normas establecidas para la protección de los hijos. **Por ello, el derecho de familia se ocupa, entre otros aspectos, de la protección de los menores a través del ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia, considerado ello como una institución protectora de la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, que nace de la filiación.**

Así, cuando en un asunto se discuta la pretensión del progenitor de cambio de situación jurídica de la guarda y custodia decretada previamente en definitiva a favor de la madre de los menores, pero que de hecho tiene dicho progenitor porque indebidamente retiene consigo a esos menores, en abuso del derecho de convivencia paterno-filial que le fue concedido, es indiscutible que el juzgador debe observar y tener en cuenta, de oficio y en forma preferente, la situación prevalente sobre la guarda y custodia definitiva ya decretada a favor de la madre, previamente al examen de esa acción de cambio de guarda y custodia, y al suplir la deficiencia de la queja a favor de los descendientes, la autoridad debe ordenar al accionante la entrega de dichos menores de manera inmediata a su progenitora, con los apercibimientos de ley en caso de desobediencia, a efecto de que lo ya decidido judicialmente sobre tal prerrogativa siga cumpliéndose en sus términos, en restauración del orden público relativo, incluso, como un presupuesto básico de procedencia de dicha acción intentada por el demandante, ya que no es factible ni permisible, formal y legalmente, que con el incumplimiento y falta de acatamiento a una determinación judicial decretada a favor de esos menores, que sin duda provoca una situación de hecho irregular, se pretendiere cambiar un derecho preferente que judicialmente le fue otorgado en definitiva a la progenitora de dichos infantes, como sucede, se reitera, cuando el actor, en abuso notorio del derecho de convivir con sus menores hijos, no los devuelve a aquélla, a quien jurisdiccionalmente se le concedió ya en definitiva la guarda y custodia respectiva, para así, de facto, pretender el cambio de dicha situación jurídica con el fin de que a él se le otorgare ésta por una circunstancia de hecho, y que a la progenitora se le fijara un régimen de visitas y convivencias materno-filial, sin que previamente el accionante hubiese acatado la decisión preexistente, o sea, la entrega de los menores, en respeto a ese estado jurídico en que se encuentra la guarda y custodia legalmente. Por consiguiente, al ser el cumplimiento de las sentencias firmes y el interés superior de los menores, cuestiones de orden público e interés social preeminente, debe constreñirse al progenitor a reintegrar a los menores hijos con su madre, a efecto de que se restaure esa situación jurídica, respetándose el estado de derecho que prevalece en nuestro país, pues ello resulta de supremo interés y obligatorio para todas y cada una de las autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano ante quienes, de alguna forma, se someta la decisión de salvaguardar los derechos de menores.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Época: Novena Época

Registro: 177852

Instancia: DECIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

TipoTesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXII, Julio de 2005

Materia(s): Civil

Tesis: I.11o.C.129 C

Pág. 1506

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXII, Julio de 2005; Pág. 1506

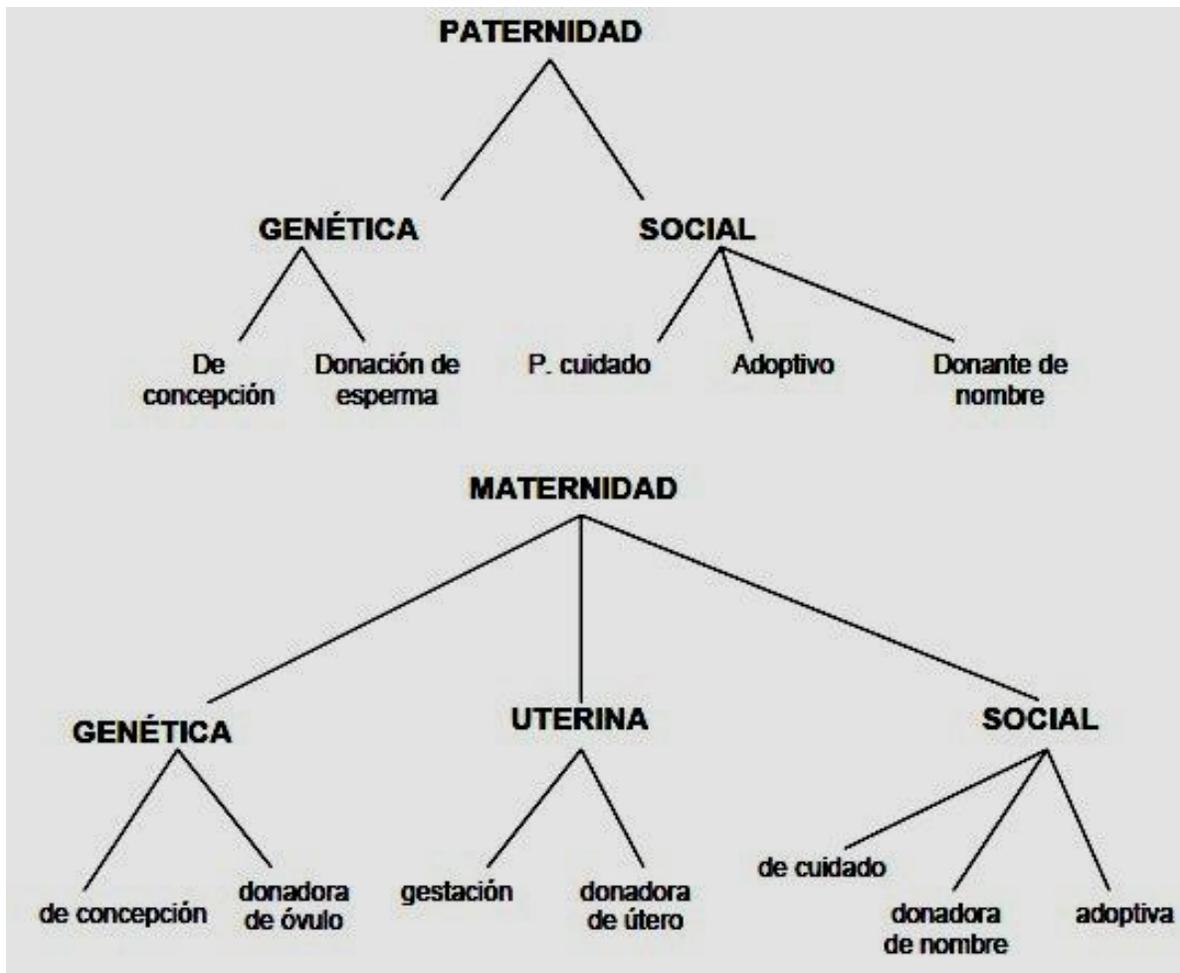
RECONOCIMIENTO DE HIJO Y ADOPCIÓN. SON ACTOS JURÍDICOS DIVERSOS.

De acuerdo con el artículo 338 del Código Civil para el Distrito Federal, la filiación es el vínculo que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquél, la cual surge con el nacimiento, aunque también puede establecerse posterior a él ante el reconocimiento que haga el padre o la madre en las formas establecidas en el numeral 369 del ordenamiento legal en cita, y en los términos establecidos por la ley, siendo que dicha figura jurídica sólo puede oponerse por los padres que procrearon biológicamente a una persona y cuya relación filial no fue posible determinarla al nacer la persona reconocida, en tanto que la adopción es la relación entre el adoptante y el adoptado, cuando el primero incorpora a su familia al segundo, sin que exista un parentesco biológico, generándose, conforme lo dispone el artículo 396 del citado Código Civil, los derechos y obligaciones que la ley prevé para padres e hijos en una relación filial; motivos que llevan a estimar que el reconocimiento únicamente puede efectuarse respecto del hijo propio, pues al tratarse de uno ajeno, el acto jurídico procedente es la adopción, de lo que resulta evidente que se trata de diversos actos legales regidos bajo procedimientos distintos regulados en el Código Civil, pues el reconocimiento se encuentra contemplado en los artículos 360 a 389 del indicado ordenamiento legal, en tanto que la adopción está prevista en los numerales 390 a 410-F del Código Civil.

DÉCIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL

DECIMO PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 42/2005. 14 de febrero de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco J. Sandoval López. Secretario: Carlos Ortiz Toro.



ARAMBULA REYES, Alma. Maternidad subrogada. [En línea]. México. 2008. Centro de documentación información y análisis. Cámara de diputados LX Legislatura. [Citado 20/08/12] Disponible en: www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf p.22.