

884609

18



ESCUELA SUPERIOR DE CIENCIAS JURÍDICAS

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
NÚMERO DE INCORPORACIÓN 8846-09

“ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DE LA INSEMINACIÓN
ARTIFICIAL EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ASISTIDA Y PROYECTO DE REGULACIÓN EN EL DERECHO
MEXICANO”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

I N G R I D P O N C E R E Y E S

ASESOR DE TESIS: LIC. MIGUEL ANGEL ACOSTA ABARCA.
REVISOR DE LA TESIS: LIC. YOLANDA GARCÍA GUTIÉRREZ.

NAUCALPAN DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO, MAYO DE 2002



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.

EL QUE PUBLICA UN LIBRO REALIZA UN EXAMEN DE CONCIENCIA,
MANIFIESTA LA NECESIDAD QUE LO INSPIRA EN CUANTO LA FINALIDAD QUE
LO JUSTIFICA.
LA PRESENTE TIENE EL MÉRITO DE HABER SIDO PENSADA EN EL CORAZÓN
ANTES DE ESTAR ORGANIZADA POR LA MENTE.

Agradezco a Dios por haberme permitido conseguir uno de los logros más importantes de mi vida; ahora sé que el esfuerzo y la dedicación tienen su recompensa.

A mis Padres:

Les doy las gracias por su apoyo, por sus consejos, por su comprensión y por enseñarme desde pequeña a conducirme con honradez, lealtad y firmeza; por colocarme en el camino del conocimiento y guiarme a través de la fe, en el camino de la luz.

A mis hermanos:

Admiro su seguridad y su temple para lograr sus objetivos. Sé, que no hay nada que no puedan realizar, y recuerden que "...Un amigo no siempre es un hermano, pero un hermano siempre será un amigo..."

A mis familiares y amigos :

**Por ser como son y porque este triunfo
no sería el mismo si no estuvieran en mi
camino.**

**Y para aquellos que brillan ahora desde el cielo y
que en el transcurso de mi vida alimentaron con
su experiencia y cariño mi formación, reflejado en
la culminación de mi carrera profesional, por lo
que ha sido y lo que será....gracias.**

A MIS MAESTROS:

Desde la época del Jardín "Academus" se sabe que la discusión es incierta pero que la conversación la llevan a cabo los intelectos más capaces, eso significan para mí los maestros.

A través de Ustedes comprendí que ligera es la pesadumbre que puede admitir consejo, aprendí a tener fe en mi pensamiento, gracias al apoyo del conocimiento.

Y es por ello que algunas veces el pensamiento no se puede plasmar en palabras, por ello, vaya mi agradecimiento a Ustedes en una sola oración "Que Dios los Bendiga".

De manera especial agradezco a mi asesor, Licenciado Miguel Angel Acosta Abarca por el logro de la presente y brindo mi reconocimiento a :

Lic. Yolanda García Gutiérrez
Lic. José M. González Sánchez
Lic. Silvia Castellanos Eslava
Lic. Francisco Negrete Corona
Lic. Armando López Salinas
Lic. Rosalía Ramos García
Dr. Alfonso Quiroga Hernández
Lic. Alejandro Román Marín
Arq. Mario Caro del Castillo

Lic. Saúl Mandujano Rubio
Lic. Jorge A. Tello Escamilla
Lic. Rosilda Blanco Martínez
Lic. Horacio Torres Castillo
Lic. Jesús Ostman Martell
Lic. Silvia Mora Saenz
Lic. Fabian A. Victoria Rangel
Lic. Sergio R. Núñez López
Lic. Carlos E. Soto Sanciprián

Quienes me transmitieron sus conocimientos, ejemplo y aliento a lo largo de mi carrera profesional y con quienes ahora me une un cálido lazo de amistad.

INGRID PONCE REYES

**"ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y PROYECTO DE REGULACIÓN
EN EL DERECHO MEXICANO"**

C O N T E N I D O

	PAGINA
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: "DE LA EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR"	
1.1. -GENERALIDADES	5
1.2. -TEORÍA TRADICIONAL DE LA EVOLUCIÓN DEL HOMBRE Y DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR EN EL DEVENIR HISTÓRICO.	6
1.2.1. -SISTEMA DE PROMISCUIDAD ABSOLUTA FAMILIAR	8
1.2.2. -SISTEMA DE PROMISCUIDAD RELATIVA FAMILIAR	9
1.2.3. -SISTEMA MONOGÁMICO FAMILIAR	12
1.3. -ESTRUCTURA FAMILIAR EVOLUTIVA EN ALGUNOS PAÍSES	
1.3.1. -EGIPTO	13
1.3.2. -ISRAEL	15
1.3.3. -BABILONIA	17
1.3.4. -INDIA	18
1.3.5. -CHINA	19
1.4. - ANTECEDENTES DE LA FAMILIA EN ROMA	20
1.5. - CONCLUSIONES	24
CAPÍTULO SEGUNDO.- "DISTINTAS CONNOTACIONES DE LA PALABRA FAMILIA Y CONCEPTO DEL DERECHO FAMILIAR".	
2.1. - GENERALIDADES	27
2.2. - DISTINTAS CONNOTACIONES DE LA PALABRA FAMILIA	29
2.2.1. - LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLÓGICO	30

2.2.2. – LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO	32
2.2.3. -LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA POLÍTICO	33
2.2.4. - DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO	35
A) LATO SENSU	
B) STRICTO SENSU	
2.3. - FORMAS LEGALES DE CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA	36
2.3.1. –CONCUBINATO	
2.3.2. –FILIACIÓN	
2.3.3. –PARENTESCO	
2.3.4. – MATRIMONIO	
2.4. - DEL MATRIMONIO	37
2.4.1. -ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DENTRO DEL MATRIMONIO	38
2.4.2. -FORMAS LEGALES DE DISOLVER EL MATRIMONIO	39
2.5. - CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR	41
2.6. – CONCLUSIONES	42
CAPITULO III.- "DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN"	
3.1. – GENERALIDADES	45
3.2. - DESCRIPCIÓN DE LOS TÉRMINOS "PATERNIDAD Y FILIACIÓN"	46
3.3. - DESCRIPCIÓN DE PARENTESCO	52
3.4. - CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE PARENTESCO RECONOCIDOS POR LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL	53
3.5. - LÍNEAS DE PARENTESCO (RECTA Y TRANSVERSAL)	55
3.5.1.-SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PARENTESCO	57

3.6. - DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS	58
3.7. - DETERMINACIÓN DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN VIGENTE	64
3.8. - DE LOS DERECHOS QUE ADQUIERE EL HIJO RECONOCIDO	70
3.8.1. - POR AMBOS PROGENITORES	71
3.8.2. - POR UNO DE ELLOS	71
3.8.3. - POR SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA QUE DECLARE LA PATERNIDAD	74
3.9. - SOBRE LOS AVANCES DE LA CIENCIA EN LA SALUD HUMANA CON REFERENCIA AL ADN	74
3.9.1. - EFECTIVIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN	
3.9.2. - DE LA OBTENCIÓN DEL RESULTADO	76
3.9.3. - DE LAS PERSONAS QUE PUEDEN REALIZAR LA PRUEBA DEL ADN	77
3.10. - CONCLUSIONES	78

CAPÍTULO IV "MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL DERECHO A LA LIBRE PROCREACIÓN Y DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS"

4.1. - GENERALIDADES	81
4.2. - MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL DERECHO A LA LIBRE PROCREACIÓN	82
4.2.1. - CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	83
4.2.2. - LEY GENERAL DE SALUD	87
4.2.3. - REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD	90

4.2.4. - LEY GENERAL DE POBLACIÓN	95
4.2.5. -REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN	96
4.2.6. -CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL	99
4.2.7. -CÓDIGO PENAL	101
4.3. - SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA	104
4.3.1. - ANTECEDENTES DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	105
4.3.2. -CONCEPTO DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS	107
4.3.3. -CLASIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	108
4.3.4. -MOMENTO EN QUE SE RECURRE A LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA	123
4.4. - LEGISLACIONES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS.	124
4.5. - PLANTEAMIENTO DE LAS DIFICULTADES ORIGINADAS POR LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.	126
4.6. - CONCLUSIONES	132
CAPITULO V.- PROYECTO DE REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL DERECHO MEXICANO.	
5.1. - PROYECTO DE REGULACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	137
5.2. - CONCLUSIONES	143
CONCLUSIONES GENERALES	144
BIBLIOGRAFÍA	148
LEGISLACIÓN CONSULTADA	149
OTRAS FUENTES	150

PAGINACION

DISCONTINUA

**"ANÁLISIS DEL MARCO JURÍDICO DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LAS
TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y PROYECTO DE REGULACIÓN EN EL
DERECHO MEXICANO"**

I N T R O D U C C I O N

Es necesario determinar que el objetivo principal para el Derecho es atender de una forma equitativa las necesidades de la sociedad, buscando siempre el bienestar para todas las personas, el cual se ve reflejado como una facultad que todos tenemos para exigir y hacer valer nuestros derechos ya sea dentro de los diferentes planos como en el comercial, tributario, contractual, familiar etc., por lo que sabemos que el Derecho constituye una herramienta necesaria en todo tipo de sociedad y en cada una de las relaciones que de ésta emerjan.

En razón de lo anterior a nosotros nos ha motivado articular la presente investigación sobre el tópico del marco jurídico que regula en nuestro país los métodos de la Reproducción Asistida generadora de filiación y paternidad. A efecto de concluir, si el referido marco legal es o no adecuado a nuestra realidad social observando los avances de la ciencia, para que, en su caso, estemos en posibilidad de hacer las propuestas pertinentes logrando así una mejor regulación en esta materia.

Así, el tema de la familia como genealogía de la persona puede ser desarrollado de diversas maneras. Lo que buscaremos responder, es lo siguiente: ¿cuál es la verdad de la filiación de la persona y su finalidad dentro de una familia?

Es cierto que la persona en su individualidad se encuentra ligada a derechos y en el caso que nos ocupa sería el de la libertad de procreación, pero es importante que analicemos hasta qué punto esta libertad es válida y en qué momento esta libertad puede originar un

efecto contra terceros de manera positiva o negativa gracias a los avances de la ciencia; Por lo que ello nos genera inevitablemente una pregunta ética: ¿cuál es el valor propio de la familia en cuanto al lugar en el que se desarrolla la persona humana? Y ésta última nos lleva a profundizar dos cuestiones más. ¿De qué manera se regula la figura jurídica de tan importante institución en nuestra legislación vigente? ¿La regulación es adecuada? Ya que observamos que la reproducción humana actualmente es manipulada por el hombre, originando consecuencias referentes a la paternidad y filiación de las personas ya que en algunos casos el padre biológico y el padre al que la ley imputa como padre, puede no ser el mismo. Asimismo, hasta qué punto el consentimiento del cónyuge en las técnicas de Reproducción Asistida es válido, cuando sobreviene la disolución del vínculo matrimonial, señaladas en nuestra legislación. Para ello, la presente investigación.

Consideramos pertinente estructurar la presente tesis en cinco capítulos.

En el primero de ellos hacemos referencia a “ **LA EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR**”; pues es exigencia de la metodología de nuestra investigación delimitarla dentro de un marco conceptual histórico, el cual resulta básico, para conocer el origen y antecedentes en los que se funda nuestro estudio.

En el segundo capítulo señalamos las “**DISTINTAS CONNOTACIONES DE LA PALABRA FAMILIA Y CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR**”; con la finalidad de comprender los elementos que estructuran a la institución social, natural, necesaria y primordial de la sociedad mexicana, como lo es la familia; atendiendo a los diferentes patrones y distintos enfoques generados por la palabra “familia” de los diferentes juristas, también nos interesa conceptual al Derecho Familiar.

En el capítulo tercero denominado “**DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN**”; nos ocupamos del estudio de la familia, tomando en cuenta los lazos que unen a los miembros de la misma, de tal manera que nos vamos introduciendo al fondo de la presente tesis estableciendo los

diferentes derechos y obligaciones que el individuo adquiere dentro de la familia en la cual se desarrolla.

El capítulo cuarto intitulado “ **MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL DERECHO A LA LIBRE PROCREACIÓN Y DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS**”;

revisamos la normatividad legal sobre los temas involucrados en su rubro, con la finalidad de analizar si dicho marco jurídico es o no apropiado a nuestra realidad social del nuevo siglo XXI.

Finalmente, en el capítulo quinto buscamos poner a consideración de este honorable sínodo, el “**PROYECTO DE REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EL DERECHO MEXICANO**”; haciendo desde luego nuestras propuestas personales, derivadas de la presente tesis; así como nuestras conclusiones generales del tópico a estudio, ya que en los albores de este nuevo siglo hemos observado, cómo el Derecho se ha visto en la necesidad de regular cuestiones que anteriormente eran inimaginables para el ser humano puesto que no contábamos con los avances tecnológicos ni científicos, sabemos que día a día estos campos avanzan a pasos agigantados, y que el exceso de información crea desconcierto y nos conduce a la indecisión reflejada en la búsqueda por experimentar en seres humanos cuestiones que verdaderamente crean un conflicto entre la sabiduría de la naturaleza y la razón del individuo. Obviamente estamos a favor de la ciencia, pero sin dejar de observar el equilibrio de la misma naturaleza, por lo que establecemos la necesidad del Derecho a regular este tipo de cuestiones reflejadas en la creación de normas que regulen de manera adecuada las técnicas de Reproducción Asistida en México, ya que su interrelación con los individuos debe ser observada y regulada adecuadamente sin dejar a un lado los problemas de tipo moral, religioso, político, etc., originados por la utilización de estos métodos, razón por la

cual nuestro estudio tiene la finalidad de crear iniciativas de ley las cuales deben ser observadas por nuestros legisladores por ser apegadas a la realidad de este nuevo siglo.

CAPÍTULO PRIMERO

"DE LA EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR"

1.1. GENERALIDADES

El individuo, en el fondo, aparece como un miembro al interior de un todo, de una naturaleza de la que participa. El amor es la síntesis vivida de los constitutivos de la persona y, por tanto, de la perfecta realización. La persona se realiza mediante el ejercicio de la libertad en la verdad. No solo está inscrita la libre iniciativa del sujeto, sino también la dimensión del deber. Todo esto se realiza en la comunión de las personas.

Observamos que para trazar un bosquejo del concepto de formación o genealogía de la persona es necesario observar el interior de una constelación de conceptos tales como: libertad, amor, don de sí, etc. Ahora debemos reflexionar en por qué y en qué momento la familia es el ambiente de crecimiento de la persona humana, y de qué manera desempeña el lugar de su genealogía y cómo va influyendo en la transmisión de sus valores.

Ha quedado establecido que la familia es la unidad que constituye la base de la seguridad material y emocional del individuo, a través de sus diversas etapas de desarrollo, empezando en el seno de una familia en la cual nace y posteriormente en el de la familia que el mismo individuo crea.

Entendemos pues que los grupos familiares han existido en todas las culturas a lo largo de la historia, dando origen a diversos tipos de familias, cada una de ellas con contextos

económicos, sociales, políticos y jurídicos distintos, por lo que se ha definido a la familia como: "... La célula primaria de la sociedad, el núcleo inicial de todo..."¹.

Al establecer el crecimiento y desarrollo del ser humano, determinamos vínculos de filiación entre las personas. Asimismo, encontramos que el Derecho influye en gran medida, puesto que su objetivo primordial es la regulación de las conductas del hombre, la cual está reflejada en un cuerpo normativo con la finalidad de establecer la seguridad jurídica en todos los sentidos dentro de una sociedad.

Respecto al Derecho Familiar, esa seguridad se ve reflejada hacia cada uno de sus integrantes por igual, vigilando que cada uno de los integrantes de la familia cumpla con su obligación, sancionando a su vez, todos los actos que vayan en contra de tal Institución.

Por lo que estamos de acuerdo en que la familia es considerada por los tratadistas de nuestro tiempo como una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del derecho para su protección.

Como sabemos, la familia determina las características esenciales de la persona, adoptando valores y semejanzas externas e internas para con los miembros de la familia, por lo que su carácter y creencias serán determinados en su mayoría por el lugar de crecimiento.

En sentido amplio observamos que la familia se ha constituido dentro de contextos históricos muy diversos, motivo por el cual en el presente capítulo establecemos una pequeña introducción sobre la evolución del ser humano desde su aparición en la tierra, haciendo referencia a las diferentes características de las familias, dependiendo la época y región geográfica en que se desarrolló.

¹ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenostro Rosalía. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. Cuarta edición. México 1997. p. 7

TEORÍA TRADICIONAL DE LA EVOLUCIÓN DEL HOMBRE Y DE LA ESTRUCTURA FAMILIAR EN EL DEVENIR HISTÓRICO.-

Han existido muchos patrones de organización familiar a lo largo del tiempo influenciados por factores étnicos, económicos y políticos entre otros.

La familia es un organismo social fundado en la naturaleza y necesidades naturales así tenemos: la unión sexual, la procreación, la asistencia, la cooperación; todos ellos vinculados principalmente con la religión, la costumbre y la moral. Así observamos que se han creado diferentes conclusiones respecto al origen de la familia.

Recaséns Siches, estima que la familia se origina primariamente por la formación del grupo social suscitado por la naturaleza, pero esto no significa que la familia sea un mero producto de la naturaleza, sino además "... La familia constituye una Institución creada y configurada por la cultura la cual regula aspectos como: religión, moral, costumbre y derecho. Este último señalado como el mas importante, ya que es el encargado de regular a las conductas manifestadas en cada generación..."².

Observamos que dentro de los diferentes esquemas evolutivos Federico Engels en su obra "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado"; en la cual estructura las investigaciones, del etnógrafo norteamericano Lewis H. Morgan, menciona la infancia de la humanidad, estableciendo así el llamado Estado Salvaje, al respecto señalando que el género humano vivía encima de árboles, lo cual sucedía como consecuencia de la peligrosidad de grandes fieras, por lo que el hombre busca su protección y el alimento dentro de su naturaleza para subsistir.

Posteriormente con el descubrimiento del fuego, la humanidad comienza a hacerse independiente del clima y con ello a desarrollar su instinto descubridor; por lo que empieza a auxiliarse de herramientas útiles como el arco y la flecha, la piedra, troncos de árboles, etc.

² Recaséns Siches, Luis. "Sociología". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1981. p. 360

Advertimos que en la etapa de la Barbarie surge la domesticación, la cría de animales y desaparece la antropofagia.

Dentro de los avances industriales inicia la fundición de hierro siendo ésta la principal herencia que los griegos llevaron de la barbarie a la civilización, y es en ésta última en la cual el hombre aprende a elaborar productos artificiales, utilizando los recursos naturales de su entorno como primeras materias. Posteriormente, encontramos los orígenes de la industria y el arte, aunado con ello la aparición de la escritura alfabética, reconocida esta etapa como la Civilización.

1.2.1.- SISTEMA DE PROMISCUIDAD ABSOLUTA FAMILIAR

En una institución antigua como la humanidad se manifiestan diversas condiciones en cuanto a la Constitución de la familia. El primer aspecto surge a través del desmedido comercio sexual, por lo que aquí encontramos que "...cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres..."³ lo que nos lleva a la conclusión de que no existían límites del comercio sexual.

El estudio de ésta etapa nos manifiesta condiciones que la poligamia por parte de los hombres y la poliandria de las mujeres van juntas; por consiguiente, los hijos les pertenecen a todos en común, en este sentido, el sistema de parentesco solo podía comprobarse por

³ Marx y Engels, Federico. "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado". Editorial Epoca. Quinta Edición. México 1979. p. 37

parte de la madre, ya que era muy difícil determinar el lazo consanguíneo con el padre biológico.

Como resultado de ese desmedido intercambio sexual se vió reflejado en el incremento de enfermedades congénitas, tales como: trastornos de la conducta, retraso mental, anacefalia, etc.

Y atendiendo a tal situación, surge la necesidad de controlar de algún modo las relaciones sexuales, estableciéndose con ello la creación de un sistema denominado: De Promiscuidad Relativa.

Esta teoría tradicional de la evolución del hombre y la familia en su devenir histórico sostiene los siguientes sistemas:

SISTEMA DE PROMISCUIDAD RELATIVA FAMILIAR

En las sociedades primitivas la familia constituye un grupo unido por lazos de parentesco, regido por la autoridad absoluta del sexo masculino, en algunos casos el varón mas fuerte y en otros el ascendiente más anciano.

En este sistema nos encontramos con una nueva estructura familiar, la cual forma la base de la institución del matrimonio "... es el primer salto importante que marca una diferencia básica entre la animalidad y la humanidad..."⁴ y es en este momento cuando surgen claramente los diversos tipos de familia:

1.2.2.1.- FAMILIA CONSANGUÍNEA

⁴ Olavarrieta Marcela. "La familia hoy". Estudio Antropológico. Editorial U.N.E.D. primera Edición. Madrid 1976 p.118

Esta familia se caracteriza porque en esencia, prohíbe las relaciones sexuales entre parientes próximos, lo principal es eliminar la cópula entre ascendientes y descendientes, permitiéndose por lo tanto las relaciones sexuales únicamente por generaciones; de esta manera los integrantes de cada generación podrán relacionarse colectivamente.

Así encontramos que los abuelos y abuelas mantendrán relaciones sexuales con todos aquellos que se encuentren dentro de su generación, considerándose cónyuges entre sí de manera colectiva; los hijos de éstos formarán otra generación y así sucesivamente, por lo que observamos que los ascendientes y descendientes están excluidos de las obligaciones maritales, pero no entre hermanos y hermanas ya que se ubican dentro de la misma generación.

Observamos que en este tipo de familia aún existen en su mayoría las deformaciones genéticas ocasionadas por las relaciones inadecuadas dentro de la misma generación.

1.2.2.2.- FAMILIA PUNALUA

Su significado se refiere a "...compañero íntimo o asociado⁵...", Su principal objetivo es exclusión de los hermanos y hermanas uterinos, extendiéndose a los primos hasta el segundo grado dentro de la misma familia.

⁵ Gúitrón Fuentevilla, Julián. "Derecho de Familia". Editorial Promociones Jurídicas y Culturales S.A. de C.V. s/e México 1972. p. 21

En este sentido se prohíben las relaciones entre aquellos que se encuentran en la misma generación dentro de la misma familia, en cuanto fue objeto la prohibición de cópula entre hermanos, el grupo constituye un círculo de parientes consanguíneo por línea femenina.

Lo que provocó la disolución de uniones sexuales entre los hijos de la misma madre, dando origen a la creación de distintas gens en las cuales una serie de hermanas pertenecientes a una misma generación eran mujeres comunes de una serie de maridos comunes pero en los que se encontraban excluidos sus propios hermanos uterinos y cualquier miembro de la generación perteneciente a su familia consanguínea.

La finalidad era la comunidad recíproca entre hombres y mujeres pertenecientes a distintos círculos de familia, pero aún era difícil saber con certeza quien era el padre, por lo que también en esta familia la descendencia se comprobaba únicamente por línea materna.

1.2.2.3.- FAMILIA SINDIÁSMICA

Posteriormente surgieron las preferencias sexuales, ocasionándose claramente el aislamiento de parejas unidas por períodos de tiempo prolongado.

En este tipo de familia observamos que existe la principal fuente del matrimonio de nuestros días ya que si bien es cierto que no podemos determinar a la figura del matrimonio como tal, sí se reconoce la intención del hombre de unirse a una mujer, aunque carece de igualdad de derechos como por ejemplo lo referente a la fidelidad, ya que en ese tiempo la mujer le debía fidelidad a su pareja, y en caso contrario sería castigada de manera severa por adulterio, en cambio el hombre sigue conservando el derecho a la infidelidad ocasional o

poligamia, restringiéndose cada vez la libertad de la mujer y aumentando con ello los privilegios del hombre.

El vínculo conyugal se disolvía por ambas partes y los hijos en este caso pertenecían a la madre.

Su evolución se debió a factores principalmente económicos, originándose la compra y rapto de mujeres, como en el cumplimiento de pagos los cuales eran solventados a través de regalos de mujeres a las tribus con quien se adeudaba, determinación de la cual gozaba el padre de la tribu sobre todos los miembros de su gens, siendo él quien decidía sobre su destino, situación que refleja que las mujeres eran exceptuadas de todo tipo de derechos y solo debían atender a la voluntad del padre de la tribu.

1.2.3. - SISTEMA MONOGÁMICO FAMILIAR.

Es en esta etapa cuando se vislumbra claramente la unión de un solo hombre con una sola mujer, como signo característico de la civilización naciente.

Existe una solidez del vínculo conyugal, ya que el antecedente de la unión sindiásmica provocó un notorio avance en cuanto a la determinación del parentesco, como mencionamos con anterioridad, la consecuencia de la fidelidad de la mujer determinó como resultado la paternidad definida de un solo hombre naciendo así una nueva institución en la que los hijos ciertos podrían heredar.

Nos percatamos que el objeto de esta figura es asegurar la paternidad indudable no por motivos de índole sentimental sino puramente económico, abarcando éste último el derecho de la propiedad privada y, ocasionando por un lado la continuación de la restricción a la libertad de la mujer y por el otro el aumento a los privilegios del hombre.

Como consecuencia de ello solo el varón tiene el derecho de romper el vínculo y repudiar a la mujer.

La mujer se encuentra en una situación de libertad aparente ya que dentro de su matrimonio aunque es considerada como la que gobierna la casa y ordena a las esclavas, debe permitir la cópula entre éstas y su esposo, el cuál tiene derecho de hacerlas concubinas a su voluntad.

Se observa claramente que solo se da la monogamia por parte de la mujer. Los hombres habían logrado la victoria sobre sus mujeres, pero las vencidas se encargaron generosamente de coronar a los vencedores.

De esta manera la estructura familiar monogámica absoluta por lo menos desde el punto de vista formal no se generó sino después de muchos años de lucha de las mujeres para obtener finalmente el reconocimiento de su igualdad jurídica frente al hombre y lograr por consiguiente la creación de una familia monogámica absoluta.

1.3. - SOBRE LA ESTRUCTURA FAMILIAR EVOLUTIVA EN ALGUNOS PAISES

1.3.1.- EGIPTO

En este pueblo inicialmente se permitió la poligamia y la poliandria, la filiación se produjo por vía materna durante el matrimonio, pero llegado el patriarcado se toleraba la poligamia entre la clase alta, por ejemplo para el rey y príncipes, excepto para los sacerdotes, ya que éstos solo tendrían una esposa.

Asimismo, las leyes de la época referentes a cuestiones familiares permitían los matrimonios entre hermanos, bajo la creencia de conservar la pureza de la sangre real, situación que era realizada principalmente por los macedonios.

Se debe a Manes la institución del matrimonio, el cual en sus inicios no fue regulado ya que se adquiría a una mujer únicamente para satisfacer deseos, pero si llegase a procrear con ésta, los hijos de esta unión irregular llevarían el nombre de la madre, absolviendo al padre de todo tipo de responsabilidad. Como consecuencia de ese desequilibrio social, Cecrops se dedicó a establecer leyes y reglas matrimoniales, originando así una mezcla entre lo civil y religioso.

Por lo que hace a la monogamia, Diódoro de Sicilia, estableció que a pesar de que existieran numerosas esposas, habría de reconocerse a una sola de ellas como legítima, gracias a ello la mujer ocupaba ya un puesto respetado, además de que el padre se seguía considerando como el tutor de los derechos protectores respecto de su familia y otorgaba a la esposa el título de ama de casa.

Al transcurrir el tiempo se observó que el matrimonio debía ser monógamo e igualitario, por lo que los hombres y las mujeres debían tener iguales derechos ante la autoridad, observamos de tal manera la libertad a la mujer para celebrar actos jurídicos tales como:

contratos, testamento, entablar procedimientos, enajenar su propiedad, todos ellos sin necesidad del consentimiento o asistencia de su cónyuge o padre. Es importante señalar que tales derechos no eran exclusivos de la clase acomodada ya que los esclavos podían tener propiedades; con relación a los bienes observamos que en cuestiones de administración surge una desigualdad en cuanto a la masa que forma la sociedad conyugal, ya que ésta se dividía en dos terceras partes para el marido y remanente a la cónyuge, además que el marido era quién debía realizar los actos de administración sobre dichos bienes.

Por lo que concluimos que el matrimonio se consideraba un acto sumamente estricto.

1.3.2.- ISRAEL

Encontramos como antecedentes de la familia lo relatado en "LA BIBLIA"⁶, el cual relata hechos sobre el ideal del matrimonio, mostrando en sus páginas la intención de Dios al crear la unión del matrimonio.

En El Génesis⁷, advertimos la unión monogámica, de carácter indisoluble por el hombre "... si el hombre la separase sería como cortar la carne viva..."

En la época de los patriarcas es determinante el matrimonio con el objetivo de propagar la raza, por lo que admite contraer matrimonio con los miembros pertenecientes a su propio clan, determinándose así el matrimonio entre hermanos, reflejándose una absoluta poligamia y, como el fin principal era la perpetuación de la especie, las leyes de ese tiempo exaltaban

⁶ Libro escrito en el décimo noveno siglo antes de Cristo por Yahavista.

⁷ Génesis 2,18-24

la maternidad y se castigaba cruelmente el celibato, resultado de ello fue el imponer a los sacerdotes el matrimonio, ya que serían más puros teniendo una vida normal.

Moisés no acepta el repudio, ya que éstas estaban reguladas por capricho del marido.

Las sanciones eran abominables para aquellos que decidieran el aborto, infanticidio o cualquier medio destinado al control de la natalidad; asimismo, se consideraba como causal de divorcio, de repudio y en algunos casos, el destierro.

Respecto a los bienes del matrimonio, advertimos que es de gran importancia la ayuda mutua, ya que los miembros de la pareja se completan mutuamente enriqueciéndose cada uno con sus aportaciones tal y como se señala: "... se pone de manifiesto la incomparable dignidad de los dos sexos, su perfecta igualdad ya que ambos son hijos de Dios..."⁸.

Nos percatamos que en la estada del pueblo judío en Egipto se recobran las costumbres de la poligamia consagrada por el Código de la Alianza, el cuál determina el respeto a la justicia y, establece una sanción al adulterio calificado como atentado contra el respeto y bien del ofendido.

Encontramos ejemplos como Ruth y Noemí, expresiones de la vida familiar sana y serena de aquellos tiempos de las cuales el pueblo trató por mucho tiempo de seguir su ejemplo ya que eran consideradas como mujeres cuya vida se desenvolvía bajo el dominio y el imperio de la unión. Así pues, la esposa es una compañera y no una esclava.

⁸ idem, 8,5-7. Tobías

La publicación del Deuteronomio viene a recobrar sus antiguas creencias, trata de restringir el divorcio a través de esfuerzos para estrechar los lazos familiares⁹ ya que la finalidad principal es enseñar a la familia las leyes básicas del ser humano.

Los esposos toman a Yahvé como ejemplo de la felicidad, por lo que su deber era ser esposo fiel, valorando la unión matrimonial como una forma de obligación de todo su ser a una compañera a quien se tomará por esposa, la inviolabilidad de un juramento de fidelidad y el cumplimiento de una promesa con su Dios.

1.3.3.- BABILONIA

Respecto a los antecedentes de este lugar notamos que aquí se permitían las uniones libres, las mujeres usaban un olivo de piedra o arcilla la cual representaba su calidad de concubina. Los matrimonios se concertaban por los padres y en algunos casos se celebraban a través de una compraventa.

El matrimonio era monógamo, y se sancionaba el adulterio cruelmente¹⁰, la mujer adúltera y su cómplice pagaban con su vida el delito, aunque en algunos casos el marido podría perdonarlo arrojándolos a la calle desnudos, el marido no solo estaba autorizado a divorciarse sino también a designar la esclavitud o arrojar al río a su mujer, sin que esto le causara ninguna merma en su status social.

⁹ Deuteronomio 6,7-8,11.

¹⁰ El Código de Hamurabi.

Es reconocida la figura del repudio, la cual se atribuía a causas como esterilidad, adulterio, incompatibilidad de humor, o negligencia en la administración del hogar. En este sentido el hombre podía divorciarse regresando la dote recibida.

1.3.4.- LA INDIA

El hombre debía tener solo una mujer, es considerada de gran importancia la fidelidad conyugal ya que se reconoce el derecho de sucesión reservado al primogénito.

El Código de Manú establece "el hombre y la mujer forman una sola persona; el hombre completo se compone de él, de su mujer y de su hijo".

Existieron entre los hindúes ocho modos de contraer matrimonio: el modo Brahama, el padre da a su hija vestido y adornos para entregarla a un hombre versado en las sagradas escrituras; el Divino (Devas), cuando el padre después de preparar a su hija, la otorga al sacerdote que oficia; el de los santos (Richis), el padre otorga la mano de su hija después de recibir del pretendiente una vaca y un toro para el cumplimiento de la ceremonia religiosa; el de las criaturas (Pradjapatis), cuando el padre casa a su hija con los honores convenientes; el de los malos genios (Asouras), el pretendiente recibe de su plena voluntad la mano de una hija y hace obsequios a ella y a los padres; el de los músicos celestiales (Gandahabas), la unión resulta de la mutua atracción; el de los gigantes (Rakchusa), en el que se rapta a la joven de la casa paterna y ella grita y llora; el de los vampiros (Pisatches), el amante se introduce en el dormitorio de la joven y se embriaga con licor espirituoso¹¹.

La unidad de mayor importancia es la familia, teniendo como cabeza al progenitor más anciano. Observamos que es inminente la procreación, por lo que el matrimonio que no tuviera hijos se sometía a un acto solemne en el cuál el hombre debía entregar a su mujer a

¹¹ Chavéz Ascencio, Manuel F. "La familia en el Derecho". Editorial Porrúa, 4ª Edición. México 1997. p.31

uno de sus hermanos para que éste la fecundara, una vez cumplido el deber no debía volver a verla.

El matrimonio era considerado un sacramento, ambas partes alcanzaban la pureza y constituían un templo de su hogar. Por lo que el divorcio, así como el segundo matrimonio están prohibidos en las castas superiores, ya que como lo establece el Código de Manú: "solo se podía concebir que un hombre estaba completo si se encontraba casado y con descendencia".

1.3.5.- CHINA

En este ámbito observamos que el padre tiene derechos incluso de decidir sobre la muerte de su descendencia.

Glorificaban el nacimiento del primer hijo el cual debía de ser varón, y si esto no sucedía el padre gozaba de un derecho de muerte sobre la primera hija. Es por ello que la existencia de reglas arraigadas basadas en la obediencia absoluta hacia el sexo masculino apoyado en sus propias creencias trascendían entre padres hacia sus hijos.

Los hijos son casados mediante el consentimiento y a voluntad de sus ascendientes, en la mayoría de los casos, los novios se conocen hasta el día de su enlace matrimonial. Esta potestad a la que se someten los hijos desde el momento de su nacimiento no se pierde por muerte del padre, como hemos observado en otras culturas, sino que solo se perderá en los casos en que el hijo forme parte del poder público dentro de su país, situación en la que el emperador ocupa la potestad del padre. Además de que al momento de que alguno de sus padres fallezca el funcionario público tendrá que someterse a un retiro del cargo por veintisiete meses.

La figura de la mujer igualmente que en otros países es de respeto y obediencia absoluta para con su cónyuge, el marido generalmente respeta la calidad de su mujer, y notamos que a diferencia del pueblo romano, en caso de que el padre fallezca, la patria potestad recae en su mujer.

1.4. – ANTECEDENTES DE LA FAMILIA EN ROMA

“ La visión histórica forma parte integral de la cultura contemporánea; da a nuestra existencia cierto sentimiento de relatividad y modestia, ya que nos muestra la época actual como un mero eslabón de una enorme cadena; y también nos ayuda a desarrollar el sentido de lo que es constante y de los que es variable en la herencia que nos transmite el pasado...”¹².

Cuando se formó la civitas romana, los juristas distinguieron las normas que hacían referencia a la “gens” (derecho gentilicio), de aquellas otras que estaban por encima de éstas; es decir, las que regulaban lo referente a la ciudad, al pueblo como colectividad; como resultado se determinó que el derecho de “gens” iba perdiendo su antiguo poder que era exclusivo y determinante; originándose de esta manera la creación de un nuevo poder respecto a la familia, estableciéndolo normas reguladoras de carácter privado y normas de carácter público. Las primeras asignadas al poder privado del “pater familias” momento en que surge y se denomina como derecho privado a aquel que se aplicaba solamente al individuo como ente autónomo dentro de la colectividad ciudadana y señalando las segundas como Derecho Público al poder del Estado, considerado como ente colectivo superior al individuo, por lo que no intervenía en la vida y decisiones internas de cada familia.

Los albores de nuestro derecho tomaron como ejemplo el Derecho en Roma, la palabra familia comprende tanto a las personas como al caudal que forma su patrimonio como

¹² Floris Margadant S. Guillermo. “El Derecho Privado Romano”. Editorial Esfinge. Edición XIX. México 1993. p 19

totalidad, conocido por *res mancipi*. Por lo tanto, observamos que el patrimonio es el lazo fundamental de la familia el cual debía atender a la potestad.

Analizando la fuente primordial del derecho de familia nos remontamos a la figura del paterfamilias, por lo que llegamos a la conclusión que en sus inicios se estableció un sistema eminentemente patriarcal, amparando con ello el parentesco solo por línea paterna figura a la cual se le denominó agnatio, en la cual el padre tiene poder inminente sobre los miembros de su familia, a diferencia del cognatio que es aquel en el que se reconoce el parentesco, por ambas líneas materna y paterna.

Por lo tanto en Roma se daban los siguientes tipos de parentesco:

- Por línea recta ya sea ascendente (parentes) o descendente (liberi)
- Por línea colateral (hermanos propios o hermanos de ascendientes o descendientes)
- Entre afines, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro.

Como señalamos anteriormente el paterfamilias es dueño y señor de los bienes que se encuentran dentro de su domus, además de tener el iura patronatus sobre los libertos, patria potestad sobre los hijos y miembros de su familia, posee la manus sobre la esposa y nueras, que incluía la administración de bienes a través de: la conferratio, la coemptio y el usus. Tiene el poder de Juez y sacerdote, facultado para imponer la pena de muerte a sus súbditos (*ius vitae necisque*), por lo que si un recién nacido legítimo cuyo padre muere, y si no tiene ascendiente varón se convierte en paterfamilias, aunque no tenga todavía capacidad de ejercicio. Así el paterfamilias es la única persona que en Roma tendrá capacidad de goce y de ejercicio, por lo que todos los miembros de la domus dependerán de sus decisiones y su participación en la vida social, jurídica y política será solamente a través

de él "...el paterfamilias es una persona, los miembros de su domus reciben una capacidad en segundo orden, reflejada como la luz de la luna que es solo reflejo de la solar..."¹³

En la institución del matrimonio advertimos las *Iustae nuptiae* y el concubinato, ambas figuras debían ser duraderas, además de tener la intención de procrear hijos y brindarse ayuda mutua, busca la entrega y armonización total de la pareja dada por el matrimonio y no el hecho de simplemente habitar, sin embargo, el Estado no interfería en ninguna de esas situaciones por lo que carecían de consecuencias jurídicas en la mayoría de los casos.

Dentro de los requisitos para contraer matrimonio señalamos:

- Que los cónyuges tengan el *connubium* (ambos de origen patricio)
- Que sean sexualmente capaces
- Que el paterfamilias haya dado su consentimiento
- Que los cónyuges no tengan lazos matrimoniales (protección monogámica)
- Que no exista un parentesco de sangre
- Que no exista gran diferencia de rango social (similitud de educación e intereses)
- Que se deje pasar determinado tiempo en caso de viudez
- Que no exista tutela entre los cónyuges

Observamos que los efectos jurídicos en el matrimonio son los siguientes:

- La esposa debía mantenerse en el lugar que le designara el marido
- La fidelidad de los consortes.- Aunque la sanción atendía según el sexo del infiel en el caso de la mujer se consideraba que cometía un delito público, por considerar que "traslada sangre ajena a la sagrada familia", no así el hombre infiel, ya que únicamente serán causa de divorcio si la infidelidad se lleva a cabo dentro del domicilio conyugal

¹³ ob.cit. p. 197

- Los consortes deberán brindarse alimentos
- Los hijos nacidos de la unión adquieren la patria potestad del padre
- La prohibición de hacerse donaciones entre los cónyuges

El *ius Familiae*, queda sujeto a la *domus* del *paterfamilias*, hasta que notamos la intervención del Estado, quien se preocupa por esta institución, creando con ello una normatividad y regulando así las conductas internas de la sociedad las cuales se forman en el interior de la familia.

El *paterfamilias* es el único que debe considerarse plenamente como persona dentro de su *domus*.

Con ello observamos que el Derecho Mexicano toma como bases:

1. Al Derecho Romano Español; "Las Siete Partidas"
2. Al Derecho Napoleónico y los otros grandes Códigos Europeos, todos los cuales contienen mucho derecho romano y sirvieron de inspiración a las codificaciones mexicanas.
3. El estudio intensivo del cuerpo de leyes que realizaron generaciones anteriores de juristas mexicanos.

Aunque si bien es cierto nuestro Derecho regula figuras distintas a las de otras épocas.

1.5. - CONCLUSIONES

PRIMERA.- Por su importancia, la familia es considerada como el núcleo primordial y fundamental para proveer la satisfacción de necesidades básicas del hombre y sobre todo, es aquí en donde el hombre encuentra respuesta a sus carencias, logrando un óptimo resultado en el proceso de crecimiento y desarrollo del ser humano.

SEGUNDA.- Asimismo, observamos que el origen de la familia ha evolucionado de manera heterogénea, atendiendo a costumbres, creencias, etc., pero es necesario señalar que la finalidad de la familia ha subsistido a través del tiempo, aunque los deseos, necesidades, sentimientos y responsabilidades han ido cambiando.

TERCERA.- Ha quedado plasmado claramente que la relación consanguínea es tan antigua como la relación sexual y la reproducción, pero como se ha observado, su reconocimiento y especialmente su utilización como criterio para delimitar la pertenencia en grupos de individuos, los cuales se fueron organizando de manera funcional y con el transcurso del tiempo, han ido exigiendo un grado considerable de civilización.

CUARTA.- La familia fundamentalmente es vista como la célula social, donde los individuos reciben una formación que los hace abandonar sus instintos primitivos por un sentido responsable de sociabilidad. Por lo que en este sentido, la familia es la base de toda moralidad y sociabilidad en la cual el Derecho fundamenta su procedencia. De tal manera que en la familia se desarrollan las bases de la sociabilidad y del amor que constituyen los

cimientos de la familia basada en el amor como principio; el orden como base y el progreso como el fin.

QUINTA.- De acuerdo con la llamada teoría tradicional de la evolución del hombre, la familia y el matrimonio, considerada la de mayor fortaleza científica y sostenida principalmente por el etnógrafo Henry Lewis Morgan, el hombre ha pasado por las siguientes fases o etapas de desarrollo: el salvajismo, la barbarie y la civilización.

De tal manera que el hombre se ha ido organizando de formas inferiores de vida a estructuras mas desarrolladas, hasta llegar a una organización social definida que actualmente conocemos como el Estado.

Por lo que la familia, de igual manera, ha pasado de formas inferiores a formas superiores de estructura a saber:

Sistema de promiscuidad absoluta familiar.

Sistema de promiscuidad relativa familiar.

Sistema monogámico familiar.

Actualmente, en la gran mayoría de los sistemas jurídicos del mundo esta última estructura familiar es la que prevalece.

SEXTA.- Las características principales de la estructura familiar de los pueblos orientales y países referidos en el presente capítulo son los siguientes:

En ellos se pasa de un sistema familiar de promiscuidad absoluta a un sistema de promiscuidad relativa, para finalmente obtener una estructura familiar monogámico, excepto en algunos países musulmanes.

Se transita de un derecho matriarcado a un patriarcado generándose la filiación por vía materna y ya durante el patriarcado surgiendo por ambas líneas.

En la mayoría de estos pueblos excepto los musulmanes, se reconoce la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer.

SÉPTIMA.- En el Derecho Romano durante su fase clásica en ius familiae era uno de los status que debía tener el ciudadano romano, el Derecho Familiar estuvo a cargo de la potestad del paterfamilias, el cual, en un principio tuvo incluso el "ius potestas necisque", siendo éste quien era considerado plenamente como persona dentro de su núcleo familiar.

OCTAVA.- Con relación a la forma de regular la institución de la familia en el Derecho antiguo, observamos que se ha transformado y ha ido dejando a un lado figuras por considerarlas arbitrarias e intransigentes en cuanto a su aplicación; y, en muchos casos hemos observado que este cambio se realiza tomando en cuenta las características propias de cada grupo social.

CAPÍTULO SEGUNDO

"DISTINTAS CONNOTACIONES DE LA PALABRA FAMILIA Y CONCEPTO DEL DERECHO FAMILIAR".

2.1.- GENERALIDADES

La familia es la que proporciona al individuo la estabilidad necesaria para comunicarse con la sociedad que le rodea, la cual se considera la fuente indispensable para la formación de la persona, constituye la esencia para el buen funcionamiento de la sociedad.

Por lo tanto, se desprende que desde que el ser humano nace, comienza en el seno de una familia aprendiendo normas de comportamiento, consideradas por la misma como adecuadas y morales. Es en este momento cuando surge el Derecho para regular aquellas conductas que deben ser obligatorias y observadas por la sociedad.

El autor Antonio de Ibarrola señala que "...La Antigüedad de la Familia y su Importancia en la Historia de la Humanidad, la colocan en la cumbre de las instituciones culturales, el matrimonio ha alcanzado esta preeminencia, en la humanidad entera. La familia es la estructura primaria de la vida humana..."¹⁴.

El término familia algunos autores lo acuerdan considerando que, puede determinarse a través de dos unidades sociales básicas, pero ambas diferentes en su composición y en sus funciones, las cuales las clasifican en dos grupos:

- **FAMILIA CONYUGAL.-** Compuesta por los cónyuges y únicamente sus descendientes (hijos biológicos y/o adoptivos).

¹⁴ Ibarrola, Antonio de. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1996. p.11

- **FAMILIA CONSANGUÍNEA.-** Compuesto por un grupo difuso y poco organizado de parientes consanguíneos.

Adela Pellón, sin embargo, señala que en el vínculo familiar se ubican tres órdenes de relaciones: conyugales, paterno-filiales y agrega las relativas al parentesco.

Determinamos que no importando el criterio con que definamos los diferentes conceptos en el derecho de familia, debemos determinar que su finalidad es la de brindar seguridad jurídica, protección, estabilidad emocional, etc.; dentro de las cuales encontramos entre otras: el derecho a contraer matrimonio, derecho a formar parte de una familia, derecho de los miembros de la familia a la protección legal, derecho a los padres a determinar el número de hijos así como el espaciamiento entre cada uno, el derecho a nacer, derecho al reconocimiento, derecho a formar parte de una sucesión, derecho a heredar, etc.

Es importante señalar que en cada familia existen ciertas características que la distinguen de las demás: normas, modelos, costumbres, valores, herencia genética, proyecciones, imitaciones, etc., las cuales son determinantes por experiencias vividas, aprendizajes logrados a través del tiempo y la aceptación de ellos por considerarse adecuados dentro de la familia; por lo tanto, podemos afirmar que la familia tiene en la sociedad un papel importante simplemente por constituir el origen de la población y el centro de la vida económica y cultural. "... es el crisol de las virtudes morales y religiosas y la célula básica de la sociedad..."¹⁵.

Etimológicamente, la palabra familia es un vocablo de translación directa que significa: gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella.

¹⁵ Pellón, Adela. "El trabajo, la mujer y la familia". Editorial UNED. s/e. Madrid 1992. p 236

2.2.- DISTINTAS CONNOTACIONES DE LA PALABRA FAMILIA

La familia ha sido considerada como una institución esencialmente ética, colocada bajo el imperio del derecho para su protección, constituida ésta por un grupo formado por los cónyuges y los hijos. En este sentido, la familia se integra primeramente por relaciones conyugales y paterno-filiales y en segundo término, reconoce a la familia por afinidad.

Bonnetcase al referirse a la familia, señala "... la familia es un organismo social de orden natural, basada en la diferencia de sexos y en la diferenciación correlativa de las funciones, cuya misión consiste en asegurar no solamente la perpetuidad de la especie humana, sino también el único modo de existencia que conviene a sus aspiraciones y a sus caracteres específicos..."¹⁶.

Observamos que para la mayoría de los autores es indispensable la convivencia y es indispensable la autoridad paterna, en cambio Spota señala que la convivencia no es requisito esencial, puesto que el hijo que no vive con el padre forma igualmente parte de la familia, situación en la que estamos de acuerdo.

Demófilo de Buen señala "... las relaciones familiares que dan lugar a derechos y obligaciones de esta naturaleza presentan fundamentalmente carácter personal, pero no cabe desconocer que con los vínculos personales resultantes de la familia, se unen relaciones de carácter económico y patrimonial, de donde se desprende la distinción entre el derecho de familia puro y el derecho de familia..."¹⁷.

¹⁶ "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia". Editorial José M. Cajica Jr. Segunda Edición. Puebla, México 1971. p. 207

¹⁷ De Buen Demófilo. "Derecho Civil Español Común". Editorial Reus, Tercera Edición. Madrid 1979.p 557.

Para Rojina Villegas, "... la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose, además, de manera excepcional, el parentesco por adopción..."¹⁸.

Tenemos que para el autor Chávez Asencio Manuel, quien afirma "... el derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas de un fuerte contenido moral y religioso, que regulan la familia y las relaciones personales y patrimoniales que existen entre sus miembros para que la familia cumpla con su fin..."¹⁹.

2.2.1.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA SOCIOLOGICO

La sociología es la ciencia que estudia las leyes del funcionamiento y desarrollo de la sociedad; es decir, las interacciones, formas de comunicación existentes y las instituciones sociales, su acción fundamental es la socialización por medio de la cual el organismo se transforma en persona, el animal humano en ser humano, cumpliendo con una de las finalidades de la socialización como lo es la perpetuación de la especie, enlazada con la cultura.

Se ha establecido con anterioridad que Morgan, es uno de los primeros que señaló la forma en que se interrelacionan la sociedad y la familia, ya que ésta depende de la primera, el autor explica que la familia no es estática, por lo que pasa de una forma inferior a una superior, sobre la base del desarrollo de la sociedad y su interrelación con la economía.

Como hemos visto a lo largo de la historia, la familia ha sido la fuente primordial en toda sociedad. Asimismo, analizamos que la familia crea esa influencia en la sociedad atendiendo a las épocas y zonas geográficas en que ésta se ha desarrollado. Señalamos como ejemplo a la Roma antigua, en donde existía predominación del derecho público sobre

¹⁸ Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano, Derecho de Familia". Volumen II, Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1980. p. 34

¹⁹ ob.cit. Chávez Asencio, Manuel. p. 78

el privado, considerando a la familia como un medio y el estado como un fin, la sociedad feudal de la Edad Media estaba inspirada en un gran individualismo, en donde consideraban a la mujer y a los hijos como cosas de las que el padre se sirve para sus caprichos o necesidades, en el siglo XVI, se vislumbran los atisbos y reconocimiento de la personalidad de seres que integran a la familia, con sus derechos y deberes recíprocos.

Es aquí cuando surge la denominada familia nuclear, en la que cada uno de los miembros de la familia debe cooperar dentro de la misma por lo que los padres como los hijos se vinculan entre sí en una casa-habitación en la que comparten experiencias, anhelos y metas en común, buscando un óptimo funcionamiento de la misma "... en nuestra sociedad moderna la adquisición de un status dependen de calificaciones y habilidades personales que muy pocos tienen que ver con las relaciones de parentesco..."²⁰.

Así observamos que por la interacción de este tipo de familias con otras familias con similitudes, obtenemos como resultado características que las distinguen de entre otras, y es así como definimos que la familia en el sentido sociológico abarca tanto a los individuos unidos por lazos de sangre, como aquellos que comparten intereses de carácter económico, religioso u otros que tengan una finalidad en común.

Debemos señalar que los conceptos biológico y sociológico no siempre coinciden, ya que el biológico define a la familia, como una institución en donde el padre y la madre son el punto clave para la creación de la institución familiar, incluyendo mas tarde a los hijos; a diferencia del sociológico, quien la define como aquella en donde la unión será sobre individuos que tengan intereses, perspectivas y características definidas.

²⁰ ob.cit. p. 202

Para Julián Huitrón Fuentevilla la familia sociológica puede ser entendida como el conjunto o grupo de personas vinculadas entre sí por el hecho social de la procreación donde un progenitor común (madre y padre) dan nacimiento a una nueva familia.

Notamos que para la existencia de este tipo de familia no se requiere más que del hecho social de la procreación y no de la celebración de ningún acto jurídico.

Aunque el concepto de familia sociológica en ocasiones se ha extendido a otro tipo de individuos con intereses en común como los económicos, religiosos, culturales, etc.

2.2.2.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

La familia en su origen fue considerada como una unidad de producción, por lo que los bienes pertenecían a todos en común, en donde cada uno de los miembros de la familia contribuían en la producción, observamos que en este sentido el nivel social se determinará con relación al trabajo que realiza la persona en su vida, por lo que este aspecto económico será determinado por la actividad que el individuo desempeña, dejando a un lado aspectos personales y familiares.

Lanerí señala que "... es de gran importancia consolidar un mínimo necesario en las condiciones económicas de la familia, para que pueda vivir y desenvolverse, deben existir consideraciones morales así como consideración en el factor económico que permita una estabilidad..."²¹

Observamos que analizando a la familia desde un punto de vista económico, determinamos el interés de la familia como interés superior al de cada uno de sus miembros, domina el derecho de familia y las relaciones patrimoniales de los cónyuges y el régimen patrimonial de la familia en conjunto, es decir, el crecimiento es en beneficio a todos por igual.

²¹ Fueyo Lanerí Fernando. "Derecho de Familia". Volumen I. Editorial Ariel. s/e. Santiago de Chile 1959. p. 25, 26.

Así en nuestros días el elemento económico dentro de la estructura familiar sigue teniendo gran relevancia, ya que un miembro de la familia puede beneficiar a los demás miembros de la misma desde el punto de vista patrimonial, por ejemplo, a través de una sucesión inter vivos, donación pura, cesión de derechos o a través de una sucesión mortis causa mediante un testamento o la sucesión legítima, incluso, la ley establece la obligación de ciertos miembros de la familia de proporcionar alimentos a los integrantes de la misma.

2.2.3.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA POLÍTICO

Es en este momento cuando nos cuestionamos si en verdad el Estado debe tener ingerencia en la organización de la familia, y haciendo un recorrido en el tiempo, observamos que el Estado ha ido arrebatando la jurisdicción al poder eclesiástico quien en un principio regía los intereses de las comunidades en la mayor parte del mundo, actualmente en México esa intervención está restringida.

Ahora, volviendo a la esencia de nuestro objetivo, llegamos a la conclusión de que el Estado sí debe tener participación en la organización de la familia porque consideramos de vital importancia la regulación y protección de los miembros de la misma, por ejemplo:

- El Estado es el encargado de tutelar el conjunto de intereses de orden público que existen en el seno de la familia, ya que no puede permanecer ajeno a la solidaridad familiar.
- El Estado debe velar por la unión de la familia regulada por un cuerpo normativo.
- La intervención del Estado en actos jurídicos familiares, a efecto de dar autenticidad y proteger los derechos de las partes.
- El Estado debe controlar y vigilar la acción de aquellas personas que ejercen la patria potestad y la tutela, mediante la intervención del Juez, para impedir que se realicen actos perjudiciales a los intereses de los incapaces.

A lo largo de la historia hemos visto que la función del Estado con relación a la familia ha variado mucho en las distintas épocas, en algunas de ellas el Estado es considerado como el Poder Supremo, por ejemplo: en el comunismo soviético el padre puede engendrar hijos que no serán suyos, la madre es una hembra a la que hay que quitarle a los hijos, los hijos son del Estado, al que se incorporan sin nombres ni apellidos sino con números correlativos de nacimiento, pulverizando con ello el concepto básico de la familia.

Cicú, señala respecto a la intervención del Estado en la organización jurídica de la familia que éste es determinante ya que precisa el control de la autoridad judicial en diferentes relaciones familiares, con la obligación de someterse a dicho control, el cual no sólo es legitimidad, sino también oportunidad²², por lo que el autor acepta la ingerencia del Estado en los intereses familiares, puesto que la familia está ordenada jurídicamente al objeto principal del mantenimiento, educación, instrucción y asistencia de sus miembros incapaces o impotentes para proveerse por sí.

Entendemos pues, que la intervención del Estado en la esfera familiar es para brindar protección de los fines de la familia, considerándola no solamente como administración del derecho privado, sino en la obligación de ésta en someterse al control judicial, protegiendo de esta manera los intereses colectivos.

La familia política por lo tanto, es aquella dentro de la cual uno de sus miembros ejerce sobre el resto un poder absoluto dentro de la organización de ésta.

En el pasado, el Derecho Romano clásico, ese poder absoluto lo tuvo el paterfamilias quién se convirtió en el sumo pontífice Juez y sacerdote de los miembros de su familia teniendo incluso el señalado ius potestas necisque, sin embargo en la medida en que el hombre pasó de formas de gobierno monárquicos absolutistas a formas de gobierno más democráticos y

²² Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1972. p.226.

en la medida en que se reconocen al hombre sus derechos fundamentales, así como sus derechos políticos, el Estado atrae para sí la responsabilidad de crear a través del órgano correspondiente, todo el conjunto de normas jurídicas relativas a la familia, terminando así el elemento político dentro de la estructura familiar para beneficio de la institución social más importante de nuestros días como lo es la familia.

2.2.4.- LA FAMILIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Determinamos que en este sentido es de gran importancia la regulación jurídica que el Derecho ha logrado de las instituciones familiares, tales como: el matrimonio, reconocimiento, adopción, alimentos, además de los diferentes lazos: consanguíneo, por afinidad, o por adopción y todas aquellas figuras que forman actualmente una inmensa gama de instituciones que tienen como objetivo brindar seguridad y protección jurídica a los individuos en una sociedad, imponiendo con ello derechos y obligaciones a los miembros de una familia.

"... El concepto jurídico de la familia, responde al grupo formado por la pareja, sus ascendientes y descendientes, así como por las personas unidas por vínculos de sangre o matrimonio o solo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos..."²³

La Declaración Universal de los Derechos Humanos exhortó a todos los Estados "... la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado..."

Entendemos que la familia puede analizarse desde dos puntos de vista: en sentido amplio y en sentido estricto, en dónde el primero considerará a todos aquellos individuos que se encuentran ligados por lazos de consanguinidad, por afinidad y civiles o de adopción. Ahora

²³ Baqueiro Rojas, Edgard y Buenrostro Rosalia. Ob.cit. p. 9

bien, en las del segundo caso, únicamente reconoce la relación existente entre los cónyuges o concubinos y sus hijos, con una exclusión clara y determinante sobre los colaterales, por lo que reconoce únicamente las relaciones: paterno filiales.

De esta manera podemos describir a la familia desde el punto de vista jurídico como el conjunto o grupo de personas vinculadas entre sí, por lazos derivados del matrimonio, del concubinato o el parentesco en cualesquiera de sus tipos:

- Por consanguinidad
- Por afinidad
- Civil o de adopción

Observemos que para que la familia nazca desde el punto de vista jurídico se requiere de la realización de un acto jurídico o del reconocimiento de un hecho jurídico, sin los cuales simplemente la familia jurídica sería inexistente.

2.3.- FORMAS LEGALES DE CONSTITUCIÓN DE LA FAMILIA

La Constitución de la familia dentro de nuestro Derecho la establecemos por:

2.3.1.- Concubinato: la concubina y el concubinario tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que sin impedimentos legales para contraer matrimonio, hayan vivido de común en forma constante y permanente por un período mínimo de dos años que procedan inmediatamente a la generación de derechos y obligaciones. No es necesario el transcurso del período mencionado cuando reunidos los demás requisitos, tengan un hijo en común.

2.3.2.- Filiación: La filiación en sentido jurídico constituye la relación permanente que existe entre hijos o descendientes y sus padres o ascendientes, que produce efectos jurídicos reflejados en derechos y obligaciones para con sus familiares.

2.3.3.- Parentesco: Puede entenderse como el vínculo jurídico que existe entre dos o más personas derivado del matrimonio, del concubinato o por lazos consanguíneos, civiles o de adopción.

2.3.4.- Matrimonio: Es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la Ley exige.

De esta manera establecemos que la organización de los individuos dentro de las relaciones familiares han sido observadas por el derecho, constituyendo por ende la creación de derechos y obligaciones entre los ligados por alguno de los lazos señalados.

2.4. – DEL MATRIMONIO

El Artículo 146 del Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, establece: "... Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta Ley exige..."²⁴

²⁴ Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. 2001.

2.4.1. - ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DEL MATRIMONIO

REQUISITOS DE EXISTENCIA:

- VOLUNTAD O CONSENTIMIENTO DE LOS CONTRAYENTES
- ↓
- OBJETO EN EL MATRIMONIO
- ▼
- SOLEMNIDADES EN EL MATRIMONIO

Son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, por lo que si falta alguno de estos requisitos se produce la inexistencia del matrimonio.

Aunque el Artículo 250 del Código Civil en cita, prevé una aberración jurídica en este sentido al preceptuar: "...No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el Juez del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial..."; la aberración jurídica en este sentido cuando el legislador preceptúa que "... No se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio...".

En todo caso estaríamos ante la demanda de inexistencia del matrimonio la cual no operará si se acreditan los elementos preceptuados en tal Artículo.

Lo hace el legislador para proteger al núcleo familiar pero cae en la aberración señalada, por lo que proponemos que este precepto sea modificado, a efecto de suprimir la palabra nulidad por la de inexistencia.

REQUISITOS DE VALIDEZ

- CAPACIDAD DE LOS CONTRAYENTES
- AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO
- MOTIVO OBJETO O FIN LICITO
- FORMALIDADES

Aquellos que no son necesarios para la validez del acto jurídico pero cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la Ley.

2.4.2. - FORMAS LEGALES DE DISOLVER EL MATRIMONIO

La disolución significa el rompimiento de los lazos o vínculos familiares. Las relaciones familiares por lo tanto se extinguen con la muerte, nulidad de matrimonio y divorcio, también puede surgir en algunos casos por la impugnación de la paternidad o filiación en los casos en que la ley lo amerite así como en los casos de revocación de la adopción, estos dos últimos como excepcionales.

A) NULIDAD.- Es aquella que por sí misma ocasiona la invalidez del matrimonio, nuestra legislación señala algunos casos en que opera la dispensa para que el matrimonio siga teniendo su validez la cual es denominada NULIDAD RELATIVA por ejemplo en la falta de decisión de un impedimento susceptible de dispensa, se puede convalidar por el transcurso del tiempo.

Asimismo, determina aquellos casos en los que operará de manera definitiva la nulabilidad del matrimonio ya que afecta de manera directa con la finalidad del mismo y es denominada nulidad absoluta, no se puede convalidar por el transcurso del tiempo, por ejemplo el matrimonio celebrado entre parientes por consanguinidad en línea recta o en línea colateral hasta el segundo grado que constituyen impedimentos no dispensables. El Artículo 235 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, señala como causas de nulidad de matrimonio:

El error acerca de la persona con quien se contrae, cuando entendiendo un cónyuge celebrar matrimonio con persona determinada, lo contrae con otra.

Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo algunos de los impedimentos enumerados en el Artículo 156 del mismo Código, siempre que no haya sido dispensado en los casos que así proceda y que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los Artículos 97, 98, 100, 102 y 103 de la materia.

De esta manera la misma ley determina que el derecho para demandar la nulidad de matrimonio corresponde a quienes la ley lo concede expresamente, y no es transmisible por herencia ni de cualquiera otra manera. Sin embargo, los herederos podrán continuar la demanda de nulidad entablada por aquel a quien heredan.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal de oficio, enviará copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quién se celebró el matrimonio, para que al margen del acta escriba nota circunstanciada en que conste: la parte resolutive de la sentencia, su fecha, el tribunal que la pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en el archivo.

B) MUERTE DE UNO DE LOS CÓNUGES.- El Artículo 290 del mismo Código establece que "...la muerte de uno de los cónyuges pone fin al juicio del divorcio, y los herederos del muerto tienen los mismos derechos y obligaciones que tendrían si no hubiera existido dicho juicio..."

C) DIVORCIO.- Nuestra legislación determina: "... el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro...". Asimismo, nuestra legislación señala dos tipos de divorcios:

- **VOLUNTARIO.-** Se realiza por voluntad de las partes y es necesario que haya transcurrido un año o más de celebrado el matrimonio y los requisitos indispensables que señala la ley; a su vez este se subdivide en:
 - Divorcio voluntario administrativo.- Ante el juez del registro civil.
 - Divorcio voluntario judicial.- Ante el Juez de lo Familiar.
- **ADMINISTRATIVO.-** Cuando transcurra un año o más de la celebración del matrimonio, y ambos cónyuges convengan en divorciarse, mayores de edad, se haya liquidado la sociedad conyugal, no haya hijos en común o sean mayores de edad.
- **NECESARIO.-** Cuando cualquiera de las partes lo reclama ante la autoridad judicial, fundado en una o más de las causales de divorcio que prevé la ley.

2.5. - CONCEPTO DE DERECHO FAMILIAR

El derecho de familia es el conjunto de normas jurídicas tendientes a regular los estados familiares de las personas derivados de las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales, así como sus efectos personales y patrimoniales. El Artículo 138 Ter del Código Civil vigente para el Distrito Federal establece: " Las disposiciones que se refieran a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad..."

2.6.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- En este capítulo observamos que de todas las organizaciones, grandes y pequeñas que en la sociedad se desarrollan, ninguna supera a la familia en importancia, ya que constituye a la institución social más antigua que se recuerde, reflejada como la célula más importante de toda sociedad organizada en Estado.

SEGUNDA.- La familia es un grupo definido por una relación sexual lo suficientemente precisa y duradera para proveer a la procreación y crianza de los hijos, asimismo, la familia ejerce influencia en toda la vida de la sociedad y sus cambios repercuten a lo largo de la estructura social, pese al hecho de que es susceptible de infinitas variaciones revela una notable continuidad y permanencia a lo largo de sus transformaciones.

TERCERA.- La palabra familia ha sido enfocada desde distintos puntos de vista: sociológico, económico, político y jurídico.

CUARTA.- Desde el punto de vista sociológico la familia es considerada como el grupo o conjunto de personas vinculadas entre si por el hecho social de la procreación donde un progenitor común padre y madre originan el nacimiento de una nueva familia definido por una relación sexual lo suficientemente precisa y duradera para proveer a la procreación y crianza de los hijos. Asimismo, la familia ejerce influencia en toda la vida de la sociedad y sus cambios repercuten a lo largo de la estructura social, es susceptible de infinitas variaciones, revela una notable continuidad y permanencia a lo largo de sus transformaciones.

QUINTA.- Desde el punto de vista económico la familia constituye una célula o taller económico familiar, es importante ya que sigue manteniendo relevancia el aspecto económico el cual es determinado por la actividad que cada miembro de la familia desempeña, por lo tanto, no interesa el aspecto personal interesándose únicamente en el patrimonio familiar.

SEXTA.- Desde el punto de vista político el poder de uno de los miembros de la familia sobre los demás para organizar a su libre albedrío ha desaparecido, originándose con ello la intervención del Estado el cual se ha preocupado de establecer normas jurídicas que regulan y estructuran a la familia procurando su estabilidad, protección y desarrollo adecuado.

SÉPTIMA.- Desde el punto de vista jurídico se entiende a la familia, como el grupo de personas que se encuentran vinculadas por lazos derivados del matrimonio, concubinato y parentesco.

OCTAVA.- Ha quedado establecido que las formas legales de constitución de la familia son: matrimonio, concubinato, filiación y parentesco.

NOVENA.- El matrimonio lo podemos entender como la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que la Ley exige.

DÉCIMA.- Constituyen los elementos de existencia del matrimonio: voluntad o consentimiento de los contrayentes, objeto o motivo fin lícito del matrimonio, solemnidades del matrimonio.

DÉCIMA PRIMERA.- Son elementos de validez del matrimonio: capacidad de los contrayentes, ausencia de vicios del consentimiento, licitud en el objeto y formalidades.

DÉCIMA SEGUNDA.- Las formas legales de disolver el matrimonio: nulidad, muerte o divorcio.

DÉCIMA TERCERA.- El Derecho Familiar se establece como el conjunto de normas jurídicas tendientes a regular los estados familiares de las personas derivados de las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales, así como sus efectos personales y patrimoniales.

CAPITULO III

"DE LA PATERNIDAD Y FILIACIÓN"

3.1. - GENERALIDADES

Al respecto debemos señalar que la filiación determina el proceso por el cual nos identificamos con nuestros ascendientes, creándose una parentalidad natural sin descartar la posibilidad de que ese lazo también surge en el supuesto de la adopción y del concebido por técnicas de Reproducción Asistida como veremos mas adelante.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, determina "... los hombres y mujeres, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia..."²⁵

De tal manera, observamos que los hijos deben desarrollarse dentro de un ambiente de armonía, comprensión, cariño y todos aquellos sentimientos necesarios para su formación "... en el matrimonio la unidad y el respeto a la fidelidad son exigencias naturales. Esta unidad y respeto a la fidelidad exigen que el hijo sea concebido en el matrimonio y por el matrimonio..."²⁶

De la misma forma analizaremos el punto de vista de nuestro legislador para determinar actualmente el vínculo paterno-filial entre dos personas, (padre e hijo) para ser considerado este hijo del matrimonio, y precisaremos en su oportunidad, la validez jurídica que nuestro Código Civil en materia familiar adopta respecto a las técnicas de Reproducción Asistida dentro del matrimonio así como la validez que se atribuye a las pruebas cromosómicas del ADN cuya finalidad es la certera determinación del vínculo biológico entre el progenitor y el producto, el cual se ha establecido a través de los avances de la ciencia.

²⁵ Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

²⁶ Respeto a la Vida Humana y Dignidad de la Procreación.- Congregación para la Doctrina de la Fe. Ediciones Paulinas, S.A. de C.V. , México Pág. 23

3.2.- DESCRIPCIÓN DE LOS TÉRMINOS "PATERNIDAD Y FILIACIÓN"

➤ CONCEPTO DE PATERNIDAD

Como anteriormente lo señalamos la relación paterno-filial, determinará los derechos legales y obligaciones de los padres para con sus hijos, ya que se establece una relación única e indivisible por lo que el padre supone al hijo y no puede existir un hijo sin un padre.

El Código Civil vigente para el Distrito Federal señala: "... Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes de la familia..."²⁷, en los siguientes incisos abundaremos sobre las cuestiones relativas a las obligaciones derivadas por el parentesco.

Paternalidad significa: la relación existente entre los padres y los hijos.

Si bien es cierto que la maternidad constituye una prueba indubitable para determinar la filiación, como lo establecía en el Artículo 360 del Código Civil antes de las reformas del 25 de mayo de 2000, que determinaba que la filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento.

Respecto del padre, solo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad..."

Motivo por el cual en esta situación la maternidad se establecía por el hecho del alumbramiento (*partus sequitur ventrem*)²⁸ y posteriormente la posesión del estado de hijo o con el acta de nacimiento.

No así en el caso de la paternidad, ya que ésta debía de ser por reconocimiento voluntario o por sentencia que la declare.

²⁷ Artículo 138 QUATER, Título Cuarto Bis, "De la Familia" legislación vigente.

²⁸ El parto sigue al vientre.

Ante tal situación nuestros legisladores se vieron obligados a determinar que la filiación se establece "... por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare..."²⁹

Respecto a la paternidad nos encontramos que ésta atiende a una presunción *luris tantum*. Por cuanto hace a la filiación extramatrimonial a excepción del concubinato, no existe la presunción de la paternidad, solo se podrá establecer por el reconocimiento voluntario o por sentencia ejecutoriada. En el capítulo IV explicaremos sobre las técnicas de Reproducción Asistida.

➤ CONCEPTO DE FILIACIÓN

La Real Academia Española determina que proviene del latín "filatio" de filus, hijo: Acción y efecto de filiar, procedencia de los hijos respecto de los padres.

La esencia de filiación se encuentra en el matrimonio tomando como base el vínculo matrimonial así como las consecuencias que ello origina, pero no únicamente es considerada por esa unión jurídica, sino que también reconoce el vínculo natural derivado por los hijos nacidos fuera del matrimonio, reconociendo una igualdad de derechos.

La filiación en sentido jurídico constituye la relación permanente que existe entre hijos o descendientes y padres o ascendientes, que produce efectos jurídicos reflejados en derechos y obligaciones para con los de su familia, con ello observamos que las relaciones familiares conllevan consecuencias morales, por ejemplo: el nombre por el cual será conocido ante la sociedad, la integración al grupo familiar, etc., así como las consecuencias de tipo económicas, por ejemplo: el derecho a los alimentos y a la sucesión como lo preceptúa el Artículo 389 del Código de la materia vigente que establece:

²⁹ Artículo 360, Capítulo IV, "Del reconocimiento de los hijos" legislación vigente.

ARTICULO 389. - "...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..."

Nosotros sin embargo, consideramos de especial importancia establecer que se trata de un vínculo existente efectivamente entre dos personas donde el vínculo que origina la relación lo es el de los descendientes o hijos con sus padres o ascendientes y no a la inversa como lo señala nuestro legislador.

Algunos tratadistas establecen que la filiación es la relación existente entre dos personas, en la que una de ellas es el padre o la madre de la otra.

Debemos de tomar en cuenta que por medio de la filiación se determinan los lazos que unen a una persona con su ascendiente .

Para Puig y Peña la paternidad y filiación "...suponen una relación lógica y necesaria, pues sin una no existe la otra, ya que el eje paterno-filial conlleva en un punto a los padres resultando así la paternidad y por otro lado a los hijos llamado filiación..."³⁰

Para el maestro Rafael de Pina "... paternidad significa, en sentido estrictamente gramatical, calidad de padre, como maternidad calidad de madre; pero en sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos..."³¹

La filiación de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es: la procedencia de los hijos respecto de los padres, la cual trae como consecuencia diferentes derechos y obligaciones correlativos, recíprocos, dando origen a la patria potestad.³²

³⁰ Puig Peña, *Filiación de la nueva enciclopedia jurídica*, t. IX, p. 802

³¹ De Pina Rafael, *ob.cit.* p.155

Nosotros estamos de acuerdo con esta postura de nuestro Supremo Poder Judicial Federal. En las reformas del 25 de mayo de 2000 que entraron en vigor el 1º de junio del mismo año en nuestro Código Civil vigente, se establece:

Artículo 324: "... se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario

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

Dentro de las transformaciones que ha sufrido nuestra legislación se han derogado figuras por las que se daba la calidad de:

Hijo nacido dentro del matrimonio: aquel procreado por los cónyuges durante el matrimonio, el cual recibía la calidad de hijo legítimo; encontrábamos a los considerados como hijos ilegítimos: aquellos concebidos fuera del matrimonio de sus padres o progenitores denominados hijos naturales, reconociéndoles un derecho inferior y diferente a los nacidos dentro del vínculo matrimonial. Asimismo, observamos las figuras de los hijos adulterinos, que eran ilegítimos resultado de la unión de personas de las cuáles una de ellas estuviera casada con persona distinta; incestuosos, los habidos entre personas que no pudieron obtener dispensa para contraer matrimonio por causa de parentesco, de padres desconocidos (abandonados); los adoptados; y en legislaciones anteriores, además, existían los sacrílegos, que eran los nacidos entre personas ligadas por voto solemne de castidad; los manceres, nacidos de prostituta.

³² Semanario Judicial de la Federación, t. XXV, pág. 817

Como consecuencia nuestra legislación en las reformas del 25 de Mayo de 2000, deroga las figuras que causaban un menoscabo en la situación jurídica del menor respecto de su filiación, determinando la situación de igualdad para todos los menores, manifestando la prohibición a cualquier tipo de distinción, derogando así las figuras que calificaban la calidad de hijo, aunque en el Artículo 58 del mismo, se sigue hablando de los hijos de padres desconocidos "... Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta...".

Encontramos en nuestra legislación que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento.

DE LOS TIPOS DE FILIACIÓN:

- **Por nexu biológico:** la vida proviene de la gestación de un ser originado por la unión de un óvulo y un espermatozoide originando un cigoto, el cual después de cierto tiempo de gestación estará capacitado para desprenderse del útero de la mujer para iniciar una vida independiente por lo que la procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que nadie podrá desconocer, por lo tanto, la filiación existe en todos los individuos ya que como mencionamos anteriormente siempre se es hijo de un padre y una madre como ley biológica inexorable y para el caso de la inseminación artificial por técnicas de Reproducción Asistida, la oportunidad a la pareja de concebir un hijo de manera natural hace considerar esa espera motivo de alegría, por lo que ninguno lo desconocerá y habrá la determinación plena de considerarlo como hijo biológico, cumpliendo así la finalidad de la perpetuación de la especie humana.

La Ley observa esta realidad por la cual se desprenden derechos y obligaciones entre los progenitores y los hijos, por los que los padres tienen el deber de proporcionarle a éstos los medios necesarios para su manutención, así como su desenvolvimiento en la sociedad en

que viven, estableciéndose así la filiación natural o consanguínea que podríamos definirla como ese vínculo jurídico que nace del derecho biológico natural de la procreación.

- **Por acto jurídico.**- en el caso de la adopción, la filiación representa un papel muy importante ya que tiene la finalidad de proporcionar a menores abandonados, con sumas carencias; el interés de admitirla como un vínculo de filiación a fin de proporcionar condiciones adecuadas de desarrollo físico y mental de los menores.

Observamos claramente que en este sentido la filiación se funda en una realidad artificial ya que no importa que el hijo adoptivo tenga o no nexos biológicos con el adoptante, situación en la que el vínculo paterno filial es creado por el derecho y la voluntad declarada de una persona de adquirir los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad respecto de la otra persona.

Nuestra legislación actual la define en su Artículo 338 y 338 bis, del Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia familiar como:

Artículo 338. - "...la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros...". Asimismo, señala:

Artículo 338 bis: "... la Ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen..." nosotros no estamos de acuerdo con el legislador ya que en el Artículo 338 omite el origen etimológico de la palabra filiación confundiéndola con paternidad y que el punto de partida en la filiación lo es indiscutiblemente los hijos o

descendientes con sus padres o ascendientes y no a la inversa porque a la inversa estamos hablando definitivamente de paternidad.

Por lo que proponemos la modificación al Artículo 338 en cita para que éste quede redactado de la siguiente manera:

La filiación es la relación que existe entre el hijo o descendiente, con el padre, la madre o ascendiente, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros.

3.3. - DESCRIPCIÓN DE PARENTESCO

El término parentesco etimológicamente proviene de: parentatus, parents.

Las relaciones entre seres humanos originan la procreación, estableciéndose de esta manera la cadena en donde los individuos descienden unos de otros.

La institución jurídica que regula las relaciones establecidas entre las personas ligadas entre sí por su pertenencia a un tronco común se denomina: parentesco.

El vínculo primario es el que se establece entre la pareja humana que entabla relaciones sexuales de manera permanente como el matrimonio y concubinato. Por esa unión surgen las relaciones sexuales y al mismo tiempo la procreación dando origen al parentesco.

El parentesco implica en sí mismo una relación obtenida por la permanencia de los sujetos en un determinado estado jurídico, es decir, puede surgir este vínculo por virtud del matrimonio, concubinato, por consanguinidad y por la adopción; originando de esta manera consecuencias jurídicas en el aspecto familiar.

El parentesco puede ser entendido como: el vínculo jurídico existente entre dos o más personas por lazos derivados de la consanguinidad; la afinidad generada por matrimonio o concubinato; y por la adopción simple, denominado parentesco civil.

En el derecho romano observamos que la figura del parentesco podía ser por cognación (línea paterna y materna por origen natural) o por agnación (personas sometidas a una misma patria potestad) aunque generalmente se reconocía un sistema patriarcal, puesto que era muy importante la figura del pater familias, ya que era éste el que decidía en todo lo referente a su gens (familia), y se establecía de la siguiente manera:

- En línea recta ascendente (parentes) o descendente (liberi.)
- En línea colateral (a través de hermanos propios o de hermanos de ascendientes o descendientes.)
- Entre adfines, el existente entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro cónyuge.

Respecto a los grados, encontramos la regla de quot generationes, tot gradus, lo que significa que existen tantos grados como generaciones, motivo por el cual estas formas de parentesco son reconocidas por la Ley como lo señala nuestro Artículo 292 del Código de la materia: "...la Ley sólo reconoce como parentesco los de consanguinidad, afinidad y civil.

En el parentesco civil y por afinidad, la ley es la que determina quienes son los sujetos vinculados por la relación parental derivada de la celebración de los actos jurídicos como el matrimonio, el concubinato y la adopción.

3.4. - CLASIFICACIÓN DE LOS TIPOS DE PARENTESCO RECONOCIDOS POR LA LEGISLACIÓN CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

a) Parentesco por consanguinidad:

Artículo 293. - "...es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

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

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

b) **Parentesco por afinidad:** al respecto la ley lo define como..

Artículo 294. - "...es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos..."

Nosotros estamos en contra de la reforma que sufrió el Artículo en cita, toda vez que constituye un error que este parentesco se produzca entre el hombre y la mujer, por lo que proponemos que este precepto sea reformado para que este tipo de parentesco por afinidad no se genere entre los cónyuges o concubinos, sino que solamente se produzca entre el cónyuge y la familia del otro cónyuge y viceversa, como se regulaba anteriormente.

El actual precepto controvierte lo establecido por el Artículo 1603 que a la letra señala: "... El parentesco de afinidad no da derecho de heredar..." Y esta contradicción es mayor cuando los Artículos 1624 y 1635 permiten la sucesión legítima tanto del cónyuge como de los concubinos...

Artículo 1624. - "...el cónyuge que sobrevive, concurriendo con descendientes, tendrá el derecho de un hijo, si carece de bienes o los que tiene al morir el autor de la sucesión, no igualan a la porción que a cada hijo debe corresponder. Lo mismo se observará si concurre con hijos adoptivos del autor de la herencia..."

Artículo 1625. - "...en el primer caso del Artículo anterior, el cónyuge recibirá íntegra la porción señalada; en el segundo, sólo tendrá derecho de recibir lo que baste para igualar sus bienes con la porción mencionada.

c) **Parentesco civil:** la ley lo define:

Artículo 295. - "... El parentesco civil es el que nace de la adopción, en los términos del Artículo 410-D, es decir de la adopción simple.

En este sentido se equipara al adoptado como hijo biológico estableciendo lazos únicamente entre él y el adoptante o adoptantes, por lo que el adoptado tiene en la familia los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo en relación con su adoptante o adoptantes, no así con toda la familia como el caso de la adopción plena, puesto que el Artículo 410-D establece: "...para el caso de las personas que tengan vínculo de parentesco consanguíneo con el menor o incapaz que se adopte; los derechos y obligaciones que nazcan de la misma, se limitarán al adoptante y adoptado..."

Al respecto nuestro Código en materia familiar establece los requisitos que debe tener aquel que tiene la intención de adoptar, por ejemplo: mayor de 25 años, libre de matrimonio, en pleno uso de sus derechos; siempre que compruebe que tiene medios suficientes para la subsistencia, educación y el cuidado, de igual forma el mismo Código establece que "... El adoptado tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos. El adoptante dará nombre y sus apellidos al adoptado, salvo que, por circunstancias específicas, no se estime conveniente..." Artículo 395 Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

3.5. - LÍNEAS DE PARENTESCO (RECTA Y TRANSVERSAL)

El Artículo 296 del Código de la materia, establece: "...cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco..."

Asimismo, el Artículo 297 del mismo determina que: "... La línea es recta o transversal

- Línea recta: se compone de la serie de grados entre personas que descienden unas de otras.
- Línea transversal: se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común..."

El Artículo 298 del Código en cita, señala que "... La línea recta es ascendente o descendente..."

- Línea ascendente: es la que liga a una persona con su progenitor o tronco del que procede; y
- Línea descendente: es la que liga al progenitor con los que de él proceden.

La misma línea recta es ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende..."

Por lo que observamos que la línea se forma por la serie de parientes que descienden unos de otros, este supuesto se conoce como línea recta o parentesco directo.

Ahora bien, el parentesco que une a dos personas que descienden de un autor en común, se conoce como parentesco colateral, esto es, que los parientes colaterales no se encuentran en la misma línea, sino por el contrario, son parte de las dos líneas diferentes, que son separadas a partir del progenitor o tronco común, el cual representa el punto de bifurcación.

La línea transversal por lo tanto puede ser igual o desigual, dependiendo si los parientes se encuentran en el mismo grado o en grados distintos, el Artículo 300 al respecto señala:

"...en la línea transversal los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de

uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común...”

3.5.1. - SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL PARENTESCO.

El parentesco genera consecuencias jurídicas relevantes como son:

- a) Impedimentos para contraer matrimonio por lazo consanguíneo o civil, o por afinidad si es en línea recta, como lo establece el Artículo 156 respecto a los impedimentos de contraer matrimonio fracción III, IV y V del Código en comento el cual determina:

Artículo 156. - "... Son impedimentos para contraer matrimonio...

III.- "... El parentesco de consanguinidad, sin limitación de grado en línea recta ascendiente o descendiente. En la línea colateral igual, el impedimento se extiende hasta los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en tercer grado y no hayan obtenido dispensa...";

IV.- "... el parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna...";

V.- "... el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado..."

XII.- "... el parentesco civil extendido hasta los descendientes del adoptado, en los términos señalados por el Artículo 410-D..."

Son dispensables los impedimentos a que se refieren las fracciones III, VIII y IX.

En el caso de la fracción III sólo es dispensable el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual..."

- b) Establece los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.
- c) Determina los derechos sucesorios.
- d) Establece el derecho a los alimentos.

El Artículo 308 del Código en estudio establece que "... Los alimentos comprenden...

- I. La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto;
- II. Respecto de los menores, además, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión adecuados a sus circunstancias personales;
- III. Con relación a las personas con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo; y,
- IV. Por lo que hace a los adultos mayores que carezcan de capacidad económica, además de todo lo necesario para su atención geriátrica, se procurará que los alimentos se les proporcionen, integrándolos a la familia..."

3.6. - DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS

El Artículo 324 referido con antelación determina que "... **se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario**

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

En este sentido es importante señalar que nuestro legislador no había estipulado antes de la reforma claramente el momento en que empezaban a computarse los 300 días; estableciendo así la contradicción respecto de este cómputo por ejemplo; al preceptuar:

Artículo 158. - "...la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo. En los casos de nulidad o de divorcio **puede contarse este tiempo desde el momento en que se interrumpió la cohabitación...**"³³

Y por otro lado la fracción II del Artículo 324 que institula que:

Artículo 324. - se presumen hijos de los cónyuges:

II.- "... Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. **Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial...**"

Con lo anterior observamos que el primero de estos Artículos preceptúa que dicho plazo era contable a partir de la interrupción de la cohabitación; el segundo señala que a desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial, es decir, a partir de la medida provisional que en términos del Artículo 282 del mismo Código el Juez debe ordenar desde el momento en que se admita la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, procediendo el Juez a la separación del cónyuge,. De conformidad con el Código de procedimientos civiles lo cual como observamos resultaba contradictorio.

Actualmente a partir de la reforma el Artículo 282 preceptúa:

³³ figura derogada con las reformas de 25 de mayo de 2000.

Artículo 282. - "...desde que se presenta la demanda de divorcio, y sólo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes...":

I.- la separación de los cónyuges. El Juez de lo Familiar determinará con audiencia de parte y, teniendo en cuenta el interés familiar y lo que más convenga a los hijos, cuál de los cónyuges continuará en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y enseres que continúen en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, incluyendo los necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que esté dedicado, debiendo informar éste el lugar de su residencia.

La separación conyugal decretada por el Juez interrumpe los términos a que se refieren las fracciones VIII y IX del Artículo 267 de este Código;..."

Por lo que resulta una aberración desde el punto de vista legislativo, ya que el precepto anterior a la reforma del Artículo 282 era más técnico puesto que regulaba :

Artículo 282. - "... Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia y sólo mientras dure el juicio se dictarán las medidas provisionales pertinentes conforme a las disposiciones siguientes: ..."

De esta manera proponemos que el actual Artículo 282 sea modificado para que en el se preceptúe que "... Al admitirse la demanda de divorcio o antes de ser necesario se dictarán las medidas provisionales siguientes..."

Por otro lado consideramos que es una aberración la derogación del Artículo 158, como ya vimos anteriormente que preceptuaba " que la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo..."

Nosotros proponemos que el legislador retome la esencia de dicho precepto señalando en dicho numeral que: " la mujer no puede contraer nuevo matrimonio sino después de

trescientos días de la disolución del anterior a menos que acredite fehacientemente no encontrarse embarazada a través de un certificado expedido por una institución de salud.

Con la anterior propuesta consideramos nosotros que se brinda mayor seguridad al momento de establecer la filiación.

Naturalmente que el Artículo 324 establece una presunción iuris tantum, en el sentido de que el cónyuge varón podrá impugnar la paternidad, situación que observamos en el Artículo 330 del mismo Código en donde se determina que "...el cónyuge varón tiene derecho a desconocer al hijo impugnando la paternidad, dentro de los sesenta días desde que tuvo conocimiento del nacimiento valiéndose de las pruebas que la misma ley señala para la impugnación de la paternidad..." Que señala el Artículo 325, tales como:

- a) Que demuestre que se abstuvo de tener relaciones sexuales con su cónyuge dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento.
- b) Valerse de aquellas pruebas en las que el avance de los conocimientos científicos pudieren ofrecer;

Asimismo, el Artículo 326 de la misma en su primer párrafo, en el cuál determina "... el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que...

- El nacimiento se le haya ocultado, o
- Que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores **al nacimiento...**"

Este precepto lo criticamos sanamente al emplear la palabra nacimiento porque el legislador mas bien quiere referirse al alumbramiento; por lo que proponemos que se suprima de tal forma la palabra nacimiento por la de alumbramiento.

Porque resulta contradictoria la palabra nacimiento en este precepto por lo señalado en el Artículo 22, al considerar nacida a la persona desde el momento en que es concebida.

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

La misma ley señala la excepción que surge para la impugnación de la paternidad señalando que: Artículo 326 párrafo segundo "... tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos..."

Aquí observamos una cuestión muy interesante que nos hace preguntarnos: ¿qué pasaría en el supuesto que durante el matrimonio el cónyuge varón hubiere dado su consentimiento expreso a su consorte para la utilización de técnicas de reproducción asistida cuya finalidad era la concepción y posteriormente surge la determinación de disolver el vínculo matrimonial?

Señalamos al respecto, que si se logró la concepción a través de dichas técnicas la ley ampara los derechos del menor; pero, ¿si no se ha logrado tal fecundación? ¿sería válido que la mujer continuara con el tratamiento de técnicas de reproducción asistida aún cuando ya se ha presentado y admitido la demanda de divorcio? Puesto que de acuerdo a la ley se considerarían hijos del matrimonio como lo establece el Artículo 324, ¿qué sucede en los casos en que el cónyuge varón dió su consentimiento expreso como lo señala el Artículo 326?; ¿atendería al mismo computo de los 300 días siguientes a la disolución la filiación de los hijos?; ¿qué sucedería con respecto a la muerte del cónyuge varón, en este caso no sería egoísta por parte de la madre tener un hijo cuyo padre falleció antes de la concepción? Y en el mismo supuesto ¿qué seguridad jurídica tendrían los herederos en la sucesión del cónyuge o concubinario fallecido?; ¿cuántas veces tendría derecho a utilizar

las técnicas de reproducción asistida? ¿sería legal que la mujer concibiera por inseminación homóloga imputando la paternidad del ex marido, valiéndose de pruebas biológicas o provenientes del avance de conocimientos científicos, las cuales determinarían de manera certera la filiación de aquél?.

Todos estos cuestionamientos son respondidos por nuestra parte en el capítulo V de la presente investigación; simplemente pretendemos recalcar lo importante que es por parte del legislador dar y regular en la ley estas cuestiones.

Debemos aseverar que la presunción de la paternidad se establece puesto que las relaciones sexuales son permanentes durante el matrimonio, basadas en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio y estabilidad de la familia, partiendo de que la mujer no tiene relaciones sexuales fuera del matrimonio ya que el padre es el que se demuestra el matrimonio *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Igual opera en el caso del concubinato, puesto que el Artículo 291 TER manifiesta: "...Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia en lo que le fueren aplicables..."

La filiación de los hijos dentro del matrimonio busca brindar la seguridad y estabilidad familiar, atribuyendo derechos a los menores concebidos dentro del mismo, o los que se concibieron antes de su celebración (este supuesto es lógico ya que observamos el consentimiento del futuro cónyuge a celebrar el matrimonio; teniendo conocimiento de la concepción desde que ésta surge y está dispuesto a responsabilizarse del menor reconociéndolo como hijo suyo además de darle la oportunidad de nacer dentro de la institución del matrimonio) y los que se concibieron dentro del término de 300 días de disuelto el matrimonio ya sea por las causas de nulidad, divorcio o muerte, conforme lo establece nuestra legislación.

En lo referente a la nulidad del matrimonio, independientemente de la existencia de la buena o mala fe de los consortes, no implicará ninguna modificación en la situación de los hijos por lo que respecta a su filiación. El Artículo 344 Código de la materia establece "... La declaración de nulidad del matrimonio, haya habido buena o mala fe en los cónyuges al celebrarlo, no afectará la filiación de los hijos..." Lo que consideramos es correcto.

3.7. - DETERMINACIÓN DE LAS PRUEBAS DE FILIACIÓN DE LOS HIJOS EN NUESTRA LEGISLACIÓN VIGENTE

En este sentido observamos que nuestro Código Civil anterior regulaba distintas figuras derivadas de la filiación de los hijos; por ejemplo, establecía las pruebas de filiación de los hijos nacidos dentro del matrimonio, regulaba los diferentes aspectos en que procedía la legitimación (el menor era reconocido expresamente antes de la celebración del matrimonio). Del mismo modo, señalaba cómo procedía el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, y establecía en los términos del Artículo 328, en qué supuestos el marido no podía desconocer que era padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. En nuestra legislación vigente (reformas del 25 de mayo de 2000) encontramos que las pruebas de filiación de los hijos se aplican tanto a los hijos habidos de matrimonio como los habidos fuera de matrimonio, y por lo tanto la ley no establece ninguna distinción respecto los derechos derivados de la filiación cualquiera que sea su origen.

De esta manera se implanta en un mismo capitulado los medios de probanza para determinar la filiación de los hijos, no importando en este sentido si son hijos de matrimonio

o no, situación que fundamos en el Artículo 340 del Código de la materia que a la letra señala: "... La filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento..." Situación que es determinante puesto que la ley obliga a declarar el nacimiento a los padres o a cualquiera de ellos, a los ascendientes, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió.

Conjuntamente tienen esta responsabilidad los médicos cirujanos, partera o aquellos que hubieren asistido al parto, o cualquier persona en cuya casa hubiere tenido lugar el alumbramiento, en caso de haber sido en un sanatorio particular o del estado tendrán esta obligación, el director del mismo, o el encargado de la administración; se realizará ante el Juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tuvo lugar el nacimiento.

Igualmente, observamos que la **Convención sobre los derechos del niño**³⁴ la cual ha sido creada para proteger los derechos humanos de los niños, estipula los derechos humanos básicos que deben disfrutar los niños en todas partes, sin discriminación alguna: el derecho a la supervivencia; el derecho al desarrollo pleno, entre otros; y señala el punto al que nos referimos en este capítulo lo cual observamos en los siguientes Artículos:

Artículo 6 "... Los estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño..."

³⁴ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de fecha 20 de Noviembre de 1989.- entrada en vigor el 2 de Septiembre de 1990.

Artículo 7 "... El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos..."

Como puede observarse éste Artículo establece como un derecho primordial de todo infante, entre otros, el derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

Al respecto nosotros nos cuestionamos ¿qué hay cuando el hijo fue producto de una inseminación artificial? ¿Se violenta este derecho? ¿Podría constituir en el supuesto de que nos referimos la excepción a la regla general?

Todas estas interrogantes a nosotros nos parecen de suma importancia, nosotros consideramos al respecto la idea de que por un lado y dado a nuestra realidad social, la inseminación artificial debe ser regulada en nuestro derecho mexicano. Sin embargo, dentro de esta regulación como lo proponemos en el capítulo V de la presente tesis, debemos prever la mejor solución a los anteriores cuestionamientos.

El precepto en comento agrega:

"...Los estados partes velarán por la aplicación de estos derechos, de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído, en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida..."³⁵

Artículo 8 "... Los estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos,

³⁵ Que carece de patria.

los estados partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad..."

Requisitos del acta de nacimiento:

Ya que hemos determinado la necesidad de que toda persona goce del derecho al nombre señalaremos los requisitos que deberá contener el acta de nacimiento de acuerdo al Código Civil para el Distrito Federal en comento.

- ✓ Manifestación del día, hora y lugar del nacimiento;
- ✓ Sexo del presentado;
- ✓ Nombre y apellidos que le correspondan;
- ✓ Razón de si es presentado vivo o muerto;
- ✓ Impresión digital del presentado;
- ✓ Deberá asentarse el nombre, domicilio y nacionalidad de los padres, de los abuelos y los de las personas que hubieren hecho la presentación
- ✓ Contar con la asistencia de dos testigos;

Si se desconoce el nombre de los padres, el Juez del Registro Civil le pondrá el nombre y apellidos, haciendo constar esta circunstancia en el acta conforme lo establece el Artículo 58 Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Ya ha quedado claro que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento, pero debemos determinar ahora ¿qué sucede en el caso en que dicha acta no se haya levantado, o que ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa? Al respecto observamos que el Artículo 341 señala:

"... 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; pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones, resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si faltare registro o estuviere inutilizado y existe el duplicado de éste, deberá tomarse la prueba..."

En este sentido nos percatamos que se presentan diversas situaciones para determinar la filiación de los hijos tales como inexistencia, defecto, que se encuentre incompleta o que dicha acta se repute como falsa.

De esta manera analizaremos qué sucede en cada una de estas situaciones:

- **Actas defectuosas e incompletas:** observamos que se trata de la existencia de una falta la cual puede ser subsanada de manera inmediata sin crear un gran menoscabo en la esencia de la misma; por ejemplo, los errores en cuanto a la ortografía, el cambio de una o varias letras en el nombre y apellidos, etc.

Por lo tanto, el procedimiento que deberá realizarse es muy sencillo puesto que debemos acudir ante el Juez del Registro Civil como lo señala el Artículo 138 bis del Código en comento: "... La aclaración de las actas del estado civil, procede cuando en el registro existan errores mecanógrafos, ortográficos o de otra índole que no afecten los datos esenciales de aquellas y deberán tramitarse ante la oficina central del Registro Civil..."

En el caso de que dicho error ocasione una alteración suficiente que modifique la filiación de la persona; atenderemos a lo establecido en el Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal en lo referente a la rectificación de actas conforme lo establece el Artículo 137 de la ley sustantiva.

- **Nulidad del acta:** cuando opere que ésta se realizó en contra de lo que la propia ley establece, deberá demandarse la nulidad y en el momento oportuno asentarse la verdadera filiación.

Por ello establecemos que al referirse de un acta incompleta, falsa o nula, nos queda la salvedad de recurrir a la posesión de estado de hijo la cual se acredita conforme lo establece la ley en su Artículo 343 que a la letra señala:

“ ...si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si, además, concurre alguna de las circunstancias siguientes...”

- I. Que el hijo haya usado constantemente los apellidos de los que pretenden ser su padre y su madre, con la anuencia de éstos;
- II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y
- III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el Artículo 361.

El procedimiento para la rectificación o modificación de un acta del estado civil se realizará ante el Juez de lo Familiar.

Haremos mención sobre aquellas pruebas que el avance de los conocimientos científicos ofrecen para determinar la filiación, para que una vez mencionado este proceso, establezcamos una adecuada regulación sobre el tema de investigación, por lo que en el punto 3.9 de la presente investigación establecemos cómo se realiza la prueba del ADN para determinar la filiación.

3.8 DE LOS DERECHOS QUE ADQUIERE EL HIJO RECONOCIDO

El reconocimiento lo podemos entender como: el acto jurídico que presume el nexo biológico que existe entre el que reconoce y a favor del reconocido, atribuyéndole a este último todos los derechos, deberes y obligaciones a que se refiere la relación paterno filial.

Nuestra legislación determina: "... La filiación también se establece por el reconocimiento del padre, madre o ambos o por una sentencia ejecutoriada que así lo declare..."³⁶

Dicho reconocimiento deberá hacerse por alguno de los modos siguientes:

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

El mismo Artículo determina que si el reconocimiento se realiza de manera diferente no producirá ningún efecto; pero podrá ser utilizado como indicio en un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

3.8.1. – DE LOS DERECHOS QUE ADQUIERE EL HIJO RECONOCIDO POR AMBOS PROGENITORES

El hijo reconocido por ambos progenitores según lo preceptuado por el Artículo 389 del Código en comento, tendrá derecho a:

- I. Llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca;
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan;

³⁶ ob.cit. Código Civil. Capítulo IV " Del reconocimiento de los hijos" Artículo 360.

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

IV. Las demás que se deriven de la filiación.

Si bien es cierto que para el reconocimiento no importa la situación de los padres, es decir, si viven juntos o no. En este supuesto ambos determinarán quién ejercerá la guarda y custodia, y si no lo hacen, el Juez de lo Familiar; atendiendo al padre, a la madre, al ministerio público, y en su caso al menor, resolverá lo conveniente para este último.

Es importante determinar si el reconocimiento se efectúa sucesivamente por el padre o la madre que no viven juntos, ejercerá la guardia y custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que ambos convinieran otra cosa entre ellos y siempre que el Juez de lo Familiar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los progenitores, del menor y del ministerio público conforme lo establece nuestra legislación.

3.8.2. – DEL RECONOCIMIENTO POR UNO DE LOS PROGENITORES

En el caso de que uno de los progenitores reconozca de manera separada a su hijo; únicamente se asentará el nombre del compareciente; pero quedan a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad.

El Artículo 370 establece: "... Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo en un supuesto diferente al señalado en el Artículo 324 de este Código, únicamente se asentará el nombre del compareciente. No obstante quedarán a salvo los derechos sobre la investigación de la paternidad o maternidad..."

Así el Artículo 382 agrega que: "... 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...”

Asimismo el Artículo 388 señala: ... las acciones de investigación de la paternidad o maternidad solo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, **tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad...**”.

Debemos hacer un comentario acerca de la clara contradicción generada a partir de la última reforma del 25 de mayo de 2000, entre los Artículos 347 y 388 por la desatinada regulación del capítulo relativo a la filiación; ya que anteriormente el Artículo 388 regulaba cuestiones de filiación sobre el hijo nacido fuera del matrimonio y, con las reformas al establecerse un solo capítulo denominado “del reconocimiento de los hijos”; tanto el Artículo 347 como el 388, originan una contradicción entre uno y otro al establecer:

Artículo 347 “... La acción que compete al hijo para reclamar su filiación es imprescriptible para él y sus descendientes...”

Entonces, nosotros nos cuestionamos ¿es imprescriptible o no la acción para reclamar la filiación? En este supuesto nosotros proponemos que el término para intentar dicha acción sea imprescriptible, conforme lo preceptúa el Artículo 347 en cita, tanto para el hijo, como para sus descendientes.

Al respecto debemos destacar que la ley permite el derecho al hijo mayor de edad de otorgar su consentimiento para realizar su reconocimiento; por regla general, este derecho podrá ser

Ejercido por el tutor o persona que el Juez de lo Familiar determine en los casos estado de Interdicción natural o legal.

3.8.3. - POR SENTENCIA DEFINITIVA EJECUTORIADA QUE DECLARE LA PATERNIDAD

Observamos que la ley se preocupa por el derecho que tiene aquella persona que ha entregado a un menor la estabilidad física y emocional para desarrollarse, estableciendo que "... 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 provuelto 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 60 días, contados a partir desde que tuvo conocimiento de él..." Artículo 378.

O bien, este supuesto se produce cuando en un proceso judicial de imputación de la paternidad logra la parte actora (puede ser futura madre o madre soltera) acreditar que el demandado es efectivamente el padre biológico del hijo de la actora, causando la sentencia definitiva ejecutoria correspondiente.

Una crítica sana que hacemos al legislador es respecto del primer párrafo del Artículo 389 de la ley sustantiva al preceptuar éste, que: "...

Artículo 389.- 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.

Como puede observarse el legislador omite indebidamente comprender dentro del párrafo transcrito el supuesto en cita; por lo que nosotros proponemos que se le adicione un enunciado más para quedar como sigue:

Artículo 389.- "...el hijo reconocido por el padre, por la madre, por ambos, o por sentencia definitiva ejecutoriada tiene derecho..."

3.9. - SOBRE LOS AVANCES DE LA CIENCIA EN LA SALUD HUMANA CON REFERENCIA AL ADN

3.9.1 EFECTIVIDAD DE LA PRUEBA DEL ADN (ácido desoxirribonucléico)

El ADN es el material genético que se encuentra en las células del cuerpo. Cada célula está compuesta por 46 cromosomas, con excepción de las células del esperma del hombre y de las contenidas en los óvulos en la mujer que contienen 23 cromosomas generalmente.

Así en el momento de la concepción, hay 46 cromosomas necesarios para crear una vida. Por ello, una persona recibe una mitad de su material ADN genético de su madre biológica, y la otra mitad del padre biológico.

Para llevar a cabo esta prueba, podrá realizarse con una variedad de muestras entre las cuáles encontramos: muestras de tejido, sangre, semen, pasar un algodón bucal por la boca,

cabello etc.; y contar en su caso, con la autorización de aquéllas personas quiénes tienen la patria potestad del menor.

Está debidamente comprobado que la prueba del ADN, es el método más preciso que existe debido a que el ADN de cada persona es único. Esta prueba ha sido de gran eficacia para determinar la paternidad; puesto que si los modelos del ADN entre el niño y el padre presunto no aparecen en dos o más sondas, entonces el padre presunto es excluido al 100%, ya que no puede ser el padre biológico del niño. Ahora bien, si los modelos de ADN aparecen entre la madre, el niño y el padre presunto con cada sonda, entonces podemos calcular una probabilidad de paternidad de 99.9%, como evidencia de paternidad.

La prueba se puede realizar antes de que el niño nazca, ya sea con el procedimiento denominado CVS que es aquel que se realiza dentro de las 10 y 13 semanas de embarazo o por medio del amniocentésis si el embarazo se encuentra dentro de las 14 y 24 semanas del embarazo.

El material genético esta compuesto de ADN, la secuencia del ADN difiere de un individuo a otro, el ADN se transmite de padres a hijos atendiendo a las leyes de herencia.

En caso de ser imposible realizar la prueba con el presunto padre, se llevará a cabo reconstruyendo sus modelos de ADN con muestras de parientes biológicos.

En las pruebas de paternidad que usan ADN, algunos de estos genes son examinados y comparados entre los padres, teniendo en cuenta que el hijo debe obligatoriamente heredar alguno de los indicios establecidos por sus padres biológicos.³⁷

Estableceremos un ejemplo:

³⁷ Berumen Campos, Jaime y Casas Avila, Leonora. "Revista de Investigación Clínica" Vol. 46 no 6. Departamento de Biología Molecular. Universidad del Ejército y Fuerza Aerea, México 1994.

El niño c comparte una banda con af1, quien resulta ser el padre biológico, y observamos que no existen bandas de similitud entre el niño y el presunto padre af 2, por lo que este último es excluido.³⁸

nuestro niño es c

El padre biológico es af 1

El presunto padre es af 2

La madre biológica es m



3.9.2.- OBTENCIÓN DEL RESULTADO

Procedimiento:

Se realiza a través de enzimas para cortar la muestra de ADN en fragmentos, los cuales son depositados en una matriz de gelatina.

Por medio de una corriente eléctrica se hará que los fragmentos se muevan por la gelatina a una distancia más corta. El ADN separado en fragmentos es transferido a una membrana de nylon, que se expone a una sonda de ADN marcado, que es un pedazo corto de ADN hecho a medida que reconoce y se une a un segmento exclusivo del ADN de la persona a la cual se le está haciendo la prueba. Posteriormente, esta membrana de nylon se coloca contra la película, que revelará bandas negras donde las sondas se unieron al ADN. El modelo de

³⁸ Internet: www.ADN/paternidad/prueba.html

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

bandas visibles del hijo es único, la mitad de las bandas es igual a las de la madre (biológica) y la otra mitad a los del padre (biológico.)

3.9.3. -PERSONAS QUE PUEDEN REALIZAR LA PRUEBA DEL ADN:

- El hijo, su madre biológica y un presunto padre.
- Varios hijos, padre y madre biológicos.
- Hijo, su madre y sus posibles padres.
- Un hijo y el supuesto padre.
- La madre, el hijo y hermanos del padre en su ausencia.
- La madre, hijo, los abuelos paternos en caso de ausencia del padre.
- La mujer embarazada, el posible padre y muestra del embrión.

En México contamos con un laboratorio de genética forense, el cual ha logrado aportar con éxito elementos para la investigación de diferentes hechos de interés general.

3.10.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- La paternidad es el vínculo existente entre el padre o ascendiente con el hijo o descendiente, estableciendo derechos y obligaciones recíprocos.

SEGUNDA.- La filiación la podemos entender como: el vínculo que existe entre el hijo o descendiente con sus padres o ascendientes.

TERCERA.- La filiación puede surgir por nexo biológico y por nexo jurídico; la primera atiende a la propia naturaleza quien es la encargada de unir al óvulo con el espermatozoide, la segunda corresponde a la filiación cuyo origen es únicamente voluntario puesto que la filiación en este sentido se funda en una filiación artificial como lo es la adopción.

CUARTA.- El parentesco puede ser entendido como: el vínculo jurídico existente entre dos o más personas por lazos derivados de la consanguinidad; la afinidad generada por matrimonio o concubinato; y por la adopción simple, denominado parentesco civil.

QUINTA.- El parentesco por consanguinidad se genera por línea recta o transversal; la línea de parentesco recta comprende a las personas que descienden unas de otras y la línea de parentesco transversal es aquella que se compone por la serie de grados entre personas que sin descender unas de otras proceden de un progenitor o tronco común.

SEXTA.- Ha quedado establecido que los tipos de parentesco reconocidos por la legislación civil vigente son: afinidad, consanguíneo y civil.

SÉPTIMA.- El parentesco origina consecuencias jurídicas como: derecho y obligación a los alimentos, señala algunos impedimentos para contraer matrimonio, establece la patria potestad y determina derechos sucesorios.

OCTAVA.- La ley determina la filiación de los hijos del matrimonio presumiendo hijos del matrimonio los nacidos dentro del mismo y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, provenga ésta de nulidad, muerte o divorcio.

NOVENA.- En la actualidad con las reformas del 25 de mayo de 2000, las pruebas de filiación de los hijos se aplican tanto a los hijos habidos dentro del matrimonio como los habidos fuera del mismo, puesto que la ley no establece distinción alguna de los derechos derivados por la filiación cualquiera que sea su origen.

DÉCIMA.- Los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado su responsabilidad ante la comunidad mundial por el cumplimiento de este compromiso basado en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, la convención sobre los derechos del niño está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos y no son negociables.

DÉCIMA PRIMERA.- Todo ser humano debe disfrutar, sin discriminación alguna: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra las influencias peligrosas, contra el maltrato y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

DÉCIMA SEGUNDA.- El reconocimiento es un acto jurídico que presume la existencia del nexo biológico del que reconoce a favor del reconocido, estableciendo los derechos y obligaciones a que se refiere la obligación paterno-filial.

DÉCIMA TERCERA.- El reconocimiento podrá hacerse por: ambos progenitores, por uno de ellos, o por sentencia ejecutoriada que declare la paternidad.

DÉCIMA CUARTA.- La prueba científica del ADN puede realizarse a cualquier individuo sin que necesite acreditar el parentesco para reclamar derechos que le corresponden, es suficiente la presunción.

DÉCIMA QUINTA.- A pesar de que el individuo tiene características del ADN de sus padres, es un individuo único.

DÉCIMA SEXTA.- La herencia de los padres es inherente a las personas, y los patrones resultantes del ADN de una persona puede utilizarse para comprobar, la paternidad o maternidad.- los patrones resultan claros y gracias a estos avances de la ciencia se han resuelto controversias suscitadas por la filiación de las personas acreditando el posible entroncamiento.

DÉCIMA SÉPTIMA- Hemos observado en la presente investigación, que con los avances de la medicina biogenética nuestra legislación necesita regular aspectos que la ciencia ha descubierto, pues nuestro marco jurídico es insuficiente puesto que no observa la realidad de los avances en la reproducción humana.

CAPÍTULO IV

"MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL DERECHO A LA LIBRE PROCREACIÓN Y DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN NUESTRO PAÍS"

4.1. - GENERALIDADES

Observamos que a lo largo de la historia han ocurrido grandes transformaciones, ya que en cuestión de decenios la sociedad se reacomoda tanto en sus valores como en sus estructuras sociales y políticas, en el arte, en la ciencia.

Transcurridos 50 años existe un nuevo mundo, puesto que las personas que nacieron hace 50 años se encuentran apegados a ideologías de moralidad que muchas veces no coinciden a la realidad del siglo XXI.

El derecho ha sufrido a lo largo del transcurso del tiempo transformaciones; en ocasiones porque el establecimiento de las normas en su momento se apegaba a la realidad de cada época, observando las circunstancias y velando por proteger el interés de los individuos dentro de la sociedad.

Las regulaciones anteriores daban buen resultado en un mundo distinto, pero con la renovación y la revisión en aspectos jurídicos y científicos es cuando descubrimos que lo comprobado y verdadero ayer, ya no tiene validez hoy.

Para adelantarnos a los cambios y entender la complejidad del tiempo moderno necesitamos una nueva forma de pensamiento para estos tiempos inciertos.

En los albores de este nuevo siglo hemos observado cómo el derecho se ha visto en la necesidad de regular cuestiones que anteriormente eran inimaginables para el ser humano puesto que no contábamos con los avances tecnológicos ni científicos, sabemos que día a día estos campos avanzan a pasos agigantados, y que el exceso de información crea

desconcierto y nos conduce a la indecisión reflejada en la búsqueda de experimentar en seres humanos cuestiones que verdaderamente crean un conflicto entre la sabiduría de la naturaleza y la razón del individuo. Obviamente estamos a favor de la ciencia, pero no podemos dejar de observar el equilibrio que la misma naturaleza establece, por lo que determinamos la necesidad del derecho a regular este tipo de cuestiones.

En este capítulo encontraremos como es la regulación en México sobre la libertad de procreación; establecemos la normatividad que señala aspectos dentro de la reproducción asistida en nuestra legislación, y es importante señalar las consecuencias jurídicas que esto acarrea, las cuales deben ser observadas por nuestro poder legislativo con la finalidad de prever situaciones que en la práctica empiezan a suscitarse.

4.2.- MARCO JURÍDICO REGULADOR DEL DERECHO A LA LIBRE PROCREACIÓN

En 1975 en México se realizó la conferencia internacional sobre la mujer, en Copenhague en 1980, en Nairobi en 1985 y en Pekín en 1995,³⁹ en las que se buscaba crear un sistema de estrategias a favor de la mujer; enfatizando los puntos de: salud, familia, violencia, derechos humanos, aspectos laborales, etc.

De lo cual, en la última conferencia se estableció que "... La salud reproductiva es el estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente la ausencia de enfermedad, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo sus funciones y procesos..."

³⁹ Comité Promotor por una Maternidad sin Riesgos. Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial Sobre la Mujer (Selección). México, 1995.

Las mujeres tienen derecho a disfrutar del mas alto nivel posible de salud física y mental, lo cual origina la capacidad de participar en las esferas de la vida pública y privada..." En la misma se trataron puntos específicos, enfatizando de manera clara el derecho a la mujer a controlar su sexualidad, y salud reproductiva, decidiendo libremente sin exponerse a coerción, discriminación y violencia.

La finalidad de estas convenciones ha sido la de propiciar de manera responsable los derechos reproductivos atendiendo a las políticas y programas estatales y comunitarios de cada nación.

4.2.1.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

La Constitución de 1917, realizó un reajuste en la realidad mexicana, se considera como "... Una declaración de guerra multilateral, dirigida a los hacendados, patrones, el clero y las compañías mineras..."⁴⁰

Observamos en este sentido que nuestra carta magna se encuentra dividida en dos partes, una denominada dogmática que es la que contiene lo referente a las garantías individuales otorgadas a los individuos de la República mexicana; y la otra, llamada orgánica, la cual establece la distribución de los poderes derivados de un sistema democrático, representativo y federal; reconociendo tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial.

La garantía en el derecho privado es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de una obligación.

En el derecho público la garantía comprende básicamente una relación subjetiva y directa entre la autoridad y la persona, originada en la voluntad soberana del estado para brindarla a toda la sociedad a través de derechos consagrados en la Constitución Política y Federal;

⁴⁰ Floris Margadant, Guillermo. "Introducción a la historia del derecho mexicano". Editorial UNAM. México 1993 p. 206

como antecedente podemos mencionar a Juan sin tierra quien obligado por los barones ingleses debía reconocerles algunos derechos en la carta magna de 1215.

Entendemos que a través de la historia el hombre se ha hecho acreedor a un determinado número de derechos auto limitando al estado; por lo que nacen así los derechos del individuo, mismos que al ser reconocidos en la Constitución dan origen a una garantía que constituye el derecho que tiene el individuo garantizado por el estado a través de la Constitución o por las leyes que de ésta emanan.

La diferencia que existe entre los derechos humanos y garantías, es que los primeros son facultades de actuar y disfrutar y las segundas se refieren al compromiso que tiene el Estado de respetar la existencia y ejercicio de esos derechos.

Si bien es cierto que en la naturaleza el hombre es un ser consciente, autónomo y racional, dotado de libertad, voluntad y libre albedrío que vive y actúa en un ambiente social y político, animado por la constante tendencia de lograr su subsistencia y la de su familia, por lo que el hecho de su mera existencia se le debe reconocer como un derecho especial y natural de libertad de acción y de pensamiento. El derecho da al individuo la seguridad que necesita para desarrollar su vida en forma racional e inteligente.

Las garantías individuales tienen las siguientes características:

- Unilaterales.- Porque están exclusivamente a cargo del poder público y las concede el estado.
- Irrenunciables.- No puede renunciarse al derecho de disfrutarlas.
- Permanentes.- Mientras el derecho exista se cuenta con la garantía como un derecho latente listo para accionarse en caso de afectación de ese derecho.
- Generales.- Protegen a todos los individuos que se encuentren dentro del territorio nacional.

- Supremas.- Se encuentran instituidas en la Constitución y por lo tanto tienen preeminencia.
- Inmutables.- No pueden ser alteradas o violadas por una ley secundaria, federal o estatal.

En lo referente a la presente investigación la libertad a la libre procreación que en cuanto a los derechos reproductivos, los encontramos fundamentados en la primera parte de nuestra Constitución Política Mexicana, la cual determina las garantías individuales de todos los mexicanos como se ha establecido; y así en su Artículo 4º se refiere a la libertad de procreación que a la letra señala:

Artículo 4o.- "... La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

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

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.⁴¹

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

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.⁴²

⁴¹ reformado, d.o. 31 de diciembre de 1974

Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.

Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez..."

En este sentido observamos la integración de la mujer en un sistema de igualdad con el varón, participando en la toma de decisiones, ejerciendo derechos reconocidos y dando cumplimiento a las responsabilidades particulares que les competen, logrando con ello un equilibrio entre los sexos.

El establecimiento de mecanismos destinados a impulsar la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades de mujeres y hombres en el seno familiar; así como la no-discriminación entre el género masculino y femenino.

Igualmente notamos el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; lo cual implica el derecho a la libertad y responsabilidad e información compartida entre hombres y mujeres en el ejercicio de este derecho basados en la vida en común, incorporación de valores y principios familiares fundados en el amor y comprensión que debe de existir en la pareja humana.

Como ha quedado establecido, este Artículo hace referencia a la libertad que tiene todo individuo que se encuentre en el territorio nacional respecto a decidir de manera libre,

⁴² adicionado, d.o. 28 de junio de 1999

responsable e informada el número y espaciamiento de sus hijos, por lo que observamos la ingerencia del estado, encargado de regular el establecimiento y permanencia de la familia así como de proteger a cada uno de sus miembros conforme a derecho, sin embargo esta garantía individual se recoge dentro del vínculo matrimonial en términos de lo preceptuado por el párrafo segundo en términos del Artículo 162 del Código Civil que preceptúa: Artículo 162 "...Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

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..."

En la inteligencia de que este derecho queda reservado para las personas unidas por matrimonio o concubinato; situación que determinamos que es importante establecerse en nuestro cuerpo normativo.

4.2.2.- LEY GENERAL DE SALUD

Debe ser observada en toda la República y en esta materia determinará la normatividad respecto de la salud reproductiva, haciendo énfasis en el derecho a la salud, el cual emana del Artículo 4º. Constitucional.

Por lo que en esta ley hacemos referencia a los siguientes Artículos:

Artículo 3o.- "...en los términos de esta ley, es materia de salubridad general: ...;

iv.- la atención materno-infantil...

v.- la planificación familiar...

Artículo 69.- "...La Secretaría de Salud, con base en las políticas establecidas por el consejo nacional de población para la prestación de servicios de planificación familiar y de educación sexual, definirá las bases para evaluar las prácticas de métodos anticonceptivos, por lo que toca a su prevalencia y a sus efectos sobre la salud..."⁴³

En el título décimo referente al capítulo iv encontramos lo referente a los delitos y en el tema en comento de la presente investigación se establece la sanción; señalando:

Artículo 466: "...al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

En este sentido observamos que el Artículo anterior no establece la posibilidad de que el concubino otorgue su consentimiento conforme lo establece el Artículo 43 del Reglamento sobre investigación para la salud; motivo por el cuál proponemos que se establezca de la siguiente manera:

Artículo 466: "...al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

⁴³reformado, d.o. 27 de mayo de 1987

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge..."

La mujer casada o la concubina en su caso, no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge o concubino.

Durante los años 1995 y 2000 se puso en práctica la política de salud reproductiva y planificación familiar realizada en el programa de reforma del sector salud, quedando plasmadas fundamentalmente en la norma oficial mexicana de los servicios de planificación familiar.

El objetivo de ésta norma es establecer los principios y criterios de operación en las políticas a seguir para la prestación de los servicios de salud a la ciudadanía en cuanto a la planificación familiar, detallando las siguientes acciones: planificación familiar (promoción, información, educación, etc.) aplicación de métodos anticonceptivos e identificación y solución a casos de esterilidad e infertilidad.

PROGRAMA DE SALUD REPRODUCTIVA Y PLANIFICACIÓN FAMILIAR

Elaborado por el grupo interinstitucional de salud reproductiva, en el cual por primera vez establece los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres; cuya finalidad es "... Asegurar relaciones equitativas entre los géneros y con igualdad de oportunidades, contribuyendo en la emancipación y defensa de las mujeres..."⁴⁴ observamos que este programa fundamentalmente protege a grupos marginados como las comunidades indígenas; dentro de los puntos a tratar encontramos: salud sexual y reproductiva

⁴⁴ Programa de salud reproductiva y planificación familiar 1995-2000, Secretaría de Salud, México, 1998 p.11

planificación familiar enfermedades de transmisión sexual detección de neoplasias⁴⁵ del tracto reproductor de la mujer climaterio⁴⁶ y menopausia⁴⁷ en cada caso se establecen objetivos generales específicos, así como un seguimiento y evaluación. El programa es claro en mencionar que se tomara como prioridad la atención de grupos sociales vulnerables y del alto índice de marginación como lo son los indígenas y las comunidades rurales.

De esta manera determinamos que la Ley General de Salud fundamentalmente es creada para regular los servicios de la organización y funcionamiento de instituciones prestadoras de servicios de salud.

Regula aspectos importantes como lo es la planificación familiar (promoción, información, educación, etc.) Para la comunidad estableciendo centros de atención médica públicos y privados. Además de hacer un estudio personal para informar a la comunidad sobre la aplicación de métodos anticonceptivos e identificación y solución a casos de esterilidad e infertilidad puesto que cabe mencionar que actualmente la tasa de infertilidad ha ido en aumento.

4.2.3 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud para la prestación de servicios de atención médica, contiene un capítulo específico en materia de planificación familiar, estableciendo lo siguiente:

⁴⁵ Formación de un tejido con carácter tumoral generalmente maligno.

⁴⁶ Período crítico en el transcurso de la vida, durante el cual el organismo sufre un cambio radical, con la declinación de toda actividad sexual.

⁴⁷ Conjunto de fenómenos de involución senil de los organismos femeninos, que se manifiesta por el cese de las menstruaciones y la incapacidad para la fecundidad.

CAPITULO VI DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD

Disposiciones para la prestación de servicios de planificación familiar

Artículo 116.- "...Corresponde a la Secretaría dictar las normas técnicas para la prestación de los servicios básicos de salud en la materia de planificación familiar..."

En materia de investigación para la salud

CAPÍTULO IV

"...De la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos y fetos y de la fertilización asistida..."

Artículo 21.- "...La forma para que el consentimiento informado se considere existente, el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal deberá recibir una explicación clara y completa, de tal modo que pueda comprenderla, por lo menos, sobre los siguientes aspectos...":

I. La justificación y los objetivos de la investigación;

II. Los procedimientos que vayan a usarse y su propósito, incluyendo la identificación de los procedimientos que son experimentales;

III. Las molestias o los riesgos esperados;

IV. Los beneficios que puedan observarse;

V. Los procedimientos alternativos que pudieran ser ventajosos para el sujeto;

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

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

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

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

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

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

Artículo 22.- "...El consentimiento informado deberá formularse por escrito y deberá reunir los siguientes requisitos..."

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

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

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

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

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

Artículo 40.- "...Para los efectos de este Reglamento se entiende por..."

I. Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;

II. Embarazo.- Es el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo (evidenciada por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III. Embrión.- El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la décimo segunda semana de gestación;

IV. Feto.- El producto de la concepción desde el principio de la decimotercera semana de la gestación hasta su expulsión o extracción;

V. Óbito fetal.- La muerte del feto en el útero;

VI.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VII.- Nacimiento muerto.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción, del seno materno, cuando después de dicha separación no respire ni lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII.- Trabajo de parto.- Es el periodo comprendido desde el inicio de las contracciones uterinas (con características progresivas de intensidad, irrigación y duración) y que termina con la expulsión o extracción del feto y sus anexos;

IX. Puerperio.- Es el periodo que se inicia con la expulsión o extracción del feto y sus anexos hasta lograr la involución de los cambios gestacionales (aproximadamente durante 42 días)

X. Lactancia.- Es un fenómeno fisiológico en el cual ocurre la secreción láctea a partir de la expulsión o extracción del feto y sus anexos, y

XI. Fertilización asistida.- Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización *in vitro*..."

De la investigación:

Artículo 43.- "...Para realizar investigaciones en mujeres embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio y lactancia; en nacimientos vivos o muertos; de utilización de embriones, óbitos o fetos; **y para la fertilización asistida, se requiere obtener la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario de acuerdo a lo estipulado en los Artículos 21 y 22 de este Reglamento, previa información de los riesgos posibles para el embrión, feto o recién nacido en su caso. El consentimiento del cónyuge o concubinario sólo podrá dispensarse en caso de incapacidad o imposibilidad fehaciente o manifiesta para proporcionarlo; porque el concubinario no se haga cargo de la mujer, o, bien, cuando exista riesgo inminente para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido...**"

Artículo 56.- "...La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aún si éste difiere con el de investigador..."

Es determinante la ingerencia que tiene la Secretaria de Salud sobre los servicios básicos de salud en la materia de planificación familiar, quien tiene la obligación de brindar información, apoyo técnico en las instituciones de los sectores público y social, así como en los establecimientos privados gratuitamente dentro de sus instalaciones, y establecer los servicios en los que se incluya información para la comunidad. Con lo anteriormente señalado opinamos que en realidad el documento base para la realización de la inseminación es semejante a un contrato; puesto que intervienen en él la voluntad de los cónyuges o concubinos, además de la voluntad del médico; éste último responsable de que

se cumpla con los requisitos médicos establecidos para la utilización de los métodos de reproducción asistida. Esto se fundamenta principalmente en la participación de la pareja cuyo objeto es la Constitución de una relación jurídica con todas sus consecuencias tales como: derechos y obligaciones paterno filiales; surgiendo la característica irrevocable puesto que se trata de filiación.

Nosotros al respecto no estamos totalmente de acuerdo con esto último, puesto que la irrevocabilidad debe surgir al momento en que se ha logrado la fecundación, antes de ésta debe permitirse la revocación de alguno de los miembros de la pareja (cónyuges o concubinos); por escrito y de manera indubitable, el cuál debe ser presentado ante el médico responsable del tratamiento. En nuestro proyecto de regulación correspondiente al capítulo V de la presente investigación, establecemos una propuesta al respecto.

4.2.4- LEY GENERAL DE POBLACIÓN

Encontramos que esta ley es de fundamental importancia para el análisis de la presente investigación puesto que regula los fenómenos concernientes a la población en cuanto a su estructura y crecimiento demográfico.

Artículo 1o. - "...Las disposiciones de esta ley son de orden público y de observancia general en la República. Su objeto es regular los fenómenos que afectan a la población en cuanto a su volumen, estructura, dinámica y distribución en el territorio nacional, con el fin de lograr que participe justa y equitativamente de los beneficios del desarrollo económico y social..."

Artículo 3o.- "...Para los fines de esta ley, la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará, o en su caso, promoverá ante las dependencias competentes o entidades correspondientes, las medidas necesarias para:

II.- "...Realizar programas de planeación familiar a través de los servicios educativos y de salud pública de que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que realicen organismos privados, se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias, con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el mejor aprovechamiento de los recursos humanos y naturales del país;..."

En este sentido observamos que la Secretaría de Gobernación debe establecer normas para procurar la planificación de los centros de población urbanos, con la finalidad de asegurar una eficaz prestación de los servicios públicos que se requieran en lo referente a la planificación familiar.

4.2.5.- REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE POBLACIÓN

En el Reglamento de la Ley General de Población, encontramos la regulación de la política de población, y en nuestro estudio en particular, encontramos los derechos reproductivos, en la sección II denominada "Planificación familiar".

El contenido del Artículo 14 es muy parecido al del 4º Constitucional puesto que establece: en su sección II lo referente a la " Planificación familiar".

Artículo 14.- "...Los programas de planificación familiar son indicativos, por lo que deberán proporcionar información general e individualizada sobre sus objetivos, métodos y consecuencias, a efecto de que las personas estén en aptitud de ejercer con responsabilidad

el derecho a determinar el número y espaciamiento de sus hijos. También se orientará sobre las causas de infertilidad y los medios para superarla.

En la información que se imparta no se identificará la planificación familiar con el control natal o cualesquiera otros sistemas que impliquen acciones apremiantes o coactivas para las personas e impidan el libre ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior. Asimismo, encontramos los siguientes Artículos:

Artículo 17.- "...Los programas de planificación familiar incorporarán el enfoque de género e informarán de manera clara y llana sobre fenómenos demográficos y de salud reproductiva, así como las vinculaciones de la familia con el proceso general de desarrollo, e instruirán sobre los medios permitidos por las leyes para regular la fecundidad.

La responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio del derecho a planificar su familia, consiste en tomar en cuenta las necesidades de sus hijos, vivos y futuros, su solidaridad con los demás miembros de la comunidad, para dar lugar a un mayor bienestar individual y colectivo..."

Artículo 20.- "...Los servicios de salud, salud reproductiva, educativos y de información sobre programas de planificación familiar, garantizarán a la persona la libre decisión sobre los métodos que para regular su fecundidad desee emplear.

Queda prohibido obligar a las personas a utilizar contra su voluntad métodos de regulación de la fecundidad. Cuando las personas opten por el empleo de algún método anticonceptivo permanente, las instituciones o dependencias que presten el servicio deberán responsabilizarse de que las y los usuarios reciban orientación adecuada para la adopción del método, así como de recabar su consentimiento a través de la firma o la impresión de la huella dactilar en los formatos institucionales correspondientes..."

Artículo 21.- "...En los casos de personas sujetas a interdicción, que carezcan de representante legal, serán las autoridades de las instituciones y organismos de los sectores público, social y privado que las tengan a su cargo, las que resuelvan, previo el dictamen médico respectivo, sobre el ejercicio del derecho a que se refiere el tercer párrafo del Artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En cada caso se dará vista al ministerio público..."

Artículo 23.- "...El consejo proporcionará a los jueces u oficiales del Registro Civil, la información sobre planificación familiar, igualdad jurídica de la mujer y del varón, responsabilidades familiares compartidas y organización legal y desarrollo de la familia para que se difunda entre los que intervengan en los actos del estado civil..."

Sección III.- familia y grupos marginados

Artículo 24.- "...los programas de población procurarán...":

II. "...Fomentar el fortalecimiento de los lazos de solidaridad entre los integrantes de la familia..."

VI. "...Fomentar la participación igualitaria de la pareja en las decisiones relativas a planificación familiar..."

VII. "...Fomentar decisiones libres, informadas y conscientes en relación con los derechos y obligaciones que adquieren las parejas al unirse en matrimonio, el número y espaciamiento de los hijos y en la transmisión de los valores familiares y cívicos..."

Por lo que con ello queda establecido que la creación de la política de población, es auxiliar en brindar información de los servicios de salud, educación y demás similares, que estén relacionados con programas de planificación familiar de manera gratuita.

Las personas conocerán los métodos y consecuencias de la reproducción humana con la finalidad de ejercer con responsabilidad el derecho a determinar el número y espaciamiento

de sus hijos; para las causas de infertilidad se brindarán distintas posibilidades para superarla.

Es importante notar que el consejo proporcionará a los jueces u oficiales del Registro Civil, la información de planificación familiar, igualdad jurídica de la mujer y del varón, también dará conocimiento de las responsabilidades familiares compartidas y organización legal y desarrollo de la familia para que se difunda entre los que intervengan en los actos del estado civil conforme lo establece nuestra carta magna en su Artículo 4º.

Ha quedado establecido que la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio del derecho a planificar su familia, consiste en tomar en cuenta las necesidades de sus hijos, consiguiendo fomentar el fortalecimiento de los lazos de solidaridad entre la misma para con cada uno de sus miembros; por lo que la información sobre programas de planificación familiar, garantizarán a la pareja la libre decisión sobre los métodos que para regular su fecundidad desee emplear, protegiendo su integridad personal y velando por un interés en común.

4.2.6.- CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Como antecedente de esta ley debemos precisar que existió una ley denominada "ley sobre relaciones familiares y la ley sobre el divorcio vincular"; la primera constituyó un instrumento modernizador por lo que hace a las relaciones intra familiares; y fue la primera en el mundo en separar del Código Civil todas las instituciones relacionadas con la familia constituyendo esto un gran avance dentro de nuestro derecho patrio.

En el derecho de familia encontramos la introducción de la ley sobre el divorcio vincular de fecha 29 de diciembre de 1914, la ley del 29 de enero de 1915 reforma varios Artículos del Código Civil Distrital en materia de familia y finalmente la reforma global del derecho de

familia en la ley de relaciones familiares, del 9 de abril de 1917, luego absorbida por el Código Civil distrital de 1928⁴⁸

En lo referente a la libertad de procreación, nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal señala:

Artículo 146.- "...Matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua, con la posibilidad de procrear hijos de manera libre, responsable e informada. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que esta ley exige..."⁴⁹

Artículo 162.- "...Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."⁵⁰

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..."**

La libertad a la procreación incluye la fundición de valores en que la pareja se coloca al decidir de manera libre e informada y sobre todo con el ánimo de la responsabilidad el momento oportuno que deben realizar la procreación; ejerciendo este derecho como una decisión imperante en el supuesto de la creación de la familia; debiendo estar constituida por amor, comprensión y fidelidad, auxiliándose de cada uno de sus miembros para el buen desempeño de estas funciones.

Nosotros estamos de acuerdo que únicamente las personas que se encuentren ligadas por matrimonio o concubinato puedan recurrir a estos medios artificiales de concepción, pero al

⁴⁸ Ob.cit. Floris margadant, guillermo. P 203

⁴⁹ reformado, g.o. 25 de mayo de 2000

⁵⁰ reformado, g.o. 25 de mayo de 2000

mismo tiempo debemos de hacer notar que no se establece ningún tipo de normatividad ante el supuesto que la mujer soltera pueda recurrir al empleo de éstos métodos.

Además, podemos suponer que contraviene lo dispuesto por el Artículo 4º Constitucional.

Al respecto, en este último supuesto no creemos que se viole la garantía de libertad de procreación, ya que en el supuesto de ejercer este derecho debemos determinar que por un lado existe el derecho a la maternidad pero por el otro el derecho a ser concebido dentro del vínculo familiar, es decir a tener un padre; y si la ley no señala ninguna excepción para la utilización de éstas técnicas, nosotros nos cuestionamos ¿qué sucedería si la mujer homosexual tiene interés en recurrir a éstas técnicas? O ¿si fuera una mujer soltera? ¿en qué bases se desarrollará el menor? Por lo que es necesario que observemos en qué lugar estamos ubicando la importancia de nuestra familia mexicana como institución primordial?

En el capítulo V de la presente investigación establecemos una propuesta al respecto en la cual nos preocupamos porque la familiar siga conservando su posición, jerarquías internas y reconociendo el vínculo de amor entre sus miembros.

4.2.7.- CÓDIGO PENAL

Por su parte el Código penal para el Distrito Federal establece que el único acto que tiene relación con la salud reproductiva de las mujeres y que está penalizado, es, el aborto, regulado en el capítulo VI el cual establece:

Artículo 329.- "...Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez..."

artículo 330.- "...Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de

ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión..."

artículo 331.- "... Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior Artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión..."

En este sentido observamos que el legislador determina que los términos de comadrón o partera son considerados profesiones; situación que es absolutamente falsa; puesto que la profesión únicamente es la del médico y cirujano; ya que a la fecha el comadrón o partera no cuentan con un título profesional expedido por la Secretaría de Educación Pública.

artículo 332.- "... Se impondrán de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar..."⁵¹

artículo 333.- "...El delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado..."

artículo 334.- "...No se aplicará sanción:

I.- Cuando el embarazo sea resultado de una violación, o de una inseminación artificial no consentida.⁵²

II.- Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III.- Cuando a juicio de dos médicos especialistas exista razón suficiente para diagnosticar que el producto presenta alteraciones genéticas o congénitas que puedan dar como resultado daños físicos o mentales, al límite que puedan poner en riesgo la sobrevivencia del mismo, siempre que se tenga el consentimiento de la mujer embarazada.

⁵¹ Reformado, g.o. 24 de agosto de 2000

⁵² reformado, g.o. 24 de agosto de 2000

Nos cuestionamos por qué si la decisión de procrear es de la pareja, por qué el legislador en este sentido únicamente requiere del consentimiento de la mujer embarazada, ya que si bien es cierto, el producto tiene un padre el cual también puede decidir; en la realidad observamos que la mayoría de las madres aún en estado de preñez deciden hacer todo lo posible porque el producto se logre; incluso en aquellos casos en que su vida corre riesgo; motivo por el cual proponemos a nuestros legisladores que ambos padres tengan conocimiento de tal situación y brinden su consentimiento como pareja; con la finalidad de evitar con ello una problemática familiar respecto a la libertad de procreación como derecho fundamental del ser humano.

IV.- Que sea resultado de una conducta culposa de la mujer embarazada.

en los casos contemplados en las fracciones I, II y III los médicos tendrán la obligación de proporcionar a la mujer embarazada, información objetiva, veraz, suficiente y oportuna sobre los procedimientos, riesgos, consecuencia y efectos; así como de los apoyos y alternativas existentes, para que la mujer embarazada pueda tomar la decisión de manera libre, informada y responsable..."

En este sentido observamos la preocupación del legislador en cuanto a la reproducción humana; puesto que a través de la imposición de sanciones busca limitar el acto delictivo del ser humano por privar de la vida al no nacido en términos médicos pero al nacido en términos jurídicos, puesto que no debemos olvidar que para el derecho el producto es protegido desde el momento en que es concebido en el vientre materno, así el Código penal se ha preocupado por proteger al producto, desde el momento que se concibe, sancionando todas aquellas conductas que vayan en contra del derecho a la vida del producto, tipificando de este modo el delito de aborto, con excepción de los casos en que esta medida es necesaria.

Notamos que nuestro legislador ha omitido la sanción que tendría la mujer que incurra en el supuesto de alquilar su matriz. En el capítulo siguiente establecemos una propuesta para este acto.

4.3.- SOBRE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Es inevitable el crecimiento científico, y más aún si dichos avances se realizan en el campo de la concepción del ser humano; los avances tanto científicos como tecnológicos desde el punto de vista biológico, han representado en la actualidad un elevado número de prácticas que auxilian a la procreación en parejas infértiles o aquellas que siendo fértiles ha sido imposible que consigan la fecundación por medio de la cópula, lo que implica reconocer una realidad social; sin embargo a nosotros nos preocupa que sobre esta materia tan delicada no exista una regulación jurídica adecuada.

4.3.1.- ANTECEDENTES DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Como mencionamos anteriormente las técnicas de reproducción asistida no constituyen un hecho novedoso, ya que hemos encontrado antecedentes de los mismos no solo del siglo pasado, sino de épocas remotas, tal es el caso de Juana de Portugal, cónyuge de Enrique IV de Castilla, en donde notamos que su descendiente Juana de Beltraneja fue concebida de manera artificial por los métodos de reproducción asistida conocidos en ese tiempo. No son tan nuevos como parecen, sino que por el contrario datan de tiempos remotos, pero que con los avances científicos los métodos de reproducción asistida se han ido perfeccionando e implementando a la vida cotidiana.

En el Levítico, observamos un antecedente sobre la utilización de la inseminación con elemento masculino aportado por un tercero extraño a la relación marital, estableciendo de tal manera que "...cuando dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere, sin dejar hijos, la mujer del muerto no será para un extranjero. Su cuñado entrará a ella y la tomará por su mujer y cumplirá con ella el deber de cuñado, y el primogénito que dará a luz tomará el nombre de su hermano difunto para que su nombre no sea borrado de Israel..."⁵³

En sentido contrario observamos como antecedente de la inseminación con elemento femenino el caso de Abraham y Sara; ya que en caso de esterilidad en la mujer se permitía al hombre realizar la inseminación a una de sus siervas que en este caso fue Agar madre de Ismael producto de esa inseminación.

En 1799 se conoce a la primera mujer que es inseminada artificialmente. Dicha acción fue realizada por el escocés John Hunter.⁵⁴

En España para el año de 1868, la revista "Abeja Médica" señala 10 casos de inseminación artificial cuya culminación fue exitosa; en el año 1886 se publicó en Estados Unidos de Norteamérica el procedimiento de inseminación auxiliar en la reproducción.

En Estados Unidos de Norteamérica para el año de 1942 se conocen de 9489 embarazos realizados mediante técnicas de reproducción asistida cuyo resultado fue victorioso; en 1949 el Papa Pío XII, manifiesta su inconformidad ante el cuarto congreso internacional de médicos católicos, calificando los métodos de reproducción asistida como un acto inmoral y señala "... El acto conyugal, ordenado y querido por la naturaleza es un acto personal de cooperación; cuando marido y mujer se casan, mutuamente se entregan uno a otro el derecho del mismo"⁵⁵ notamos que el poder eclesiástico es de gran ingerencia en la familia el cual en este sentido se funda en la instrucción sobre el respeto de la vida humana

⁵³ Deuteronomio 25: 5,7

⁵⁴ Navarro Santiago, C.M.F. Rvdo. P. "Problemas médico-morales". Editorial Coculsa. Madrid, 1954. p.249

⁵⁵ Papa Pío XII. "Cuestiones morales sobre el matrimonio" Editorial Coculsa. Madrid, 1957, pp. 226 y 227.

naciente y la dignidad de la procreación de la congregación para la doctrina de la fe católica, estableciéndose: "... La generación humana posee de hecho características específicas, en virtud de la dignidad personal de los padres y de los hijos: la procreación de una nueva persona, en la que el varón y la mujer colaboran con el poder del creador, deberá ser el fruto y el signo de la mutua donación personal de los esposos, de su amor y de su fidelidad. La fidelidad de los esposos y la unidad del matrimonio, comporta el recíproco respeto de su derecho de llegar a ser padre y madre exclusivamente el uno a través del otro, puesto que el hijo tiene derecho a ser concebido, llevado en las entrañas, traído al mundo y educado en el matrimonio: solo a través de la referencia conocida y segura de sus padres pueden los hijos descubrir la propia identidad y alcanzar la madurez humana puesto que al reducir la cohabitación y el acto conyugal a una simple función orgánica para la transmisión del semen, equivaldría a convertir el hogar, el santuario de la familia en un mero laboratorio biológico."

Con ello establece claramente que la utilización de métodos ajenos a la naturaleza del ser humano son considerados inmorales.

En 1958 en México el Ejecutivo, envía al Congreso de la Unión el proyecto "ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sistemas, aparatos, órganos y fluidos" el cual resultó deplorable.

En Alemania en los años sesenta se establecen los primeros bancos de semen, con lo cual en 1969 se conoce de un bebé cuya concepción se realizó con semen congelado.

Observamos que en el siglo XX las técnicas de reproducción asistida han llegado a ser una parte integrante para las familias que tienen problemas de infertilidad y como consecuencia de ello en los albores de este nuevo siglo XXI la utilización de los métodos de reproducción es cada vez mas frecuente, motivo por el cual es necesario la creación de normas jurídicas que regulen de manera adecuada la utilización de los mismos, "... La ciencia avanza y

genera la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a los nuevos requerimientos...⁵⁶

4.3.2.-CONCEPTO DE LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS

Ha quedado establecido que el derecho mantiene una íntima relación con la familia; sin embargo, en lo referente a los métodos de reproducción asistida, el aspecto legal es muy deficiente debido a que todavía no existe una adecuada regulación, motivo por el cual establecemos lo que se debe entender por los métodos de reproducción asistida en los seres humanos, y posteriormente realizaremos su clasificación.

- **Reproducción o fertilización asistida.**- son aquellos recursos proporcionados por los adelantos de la biología para lograr de manera artificial la concepción, generalmente estas técnicas son utilizadas por sujetos infértiles.
- **Fecundación artificial.**- se refiere a la concepción lograda a través de auxilio de la ciencia y la tecnología.
- **Inseminación artificial.**- establece el procedimiento de la colocación del espermatozoides en la matriz realizado de manera artificial, es decir, por la intervención médica sin determinar aún la concepción.

⁵⁶ Ob.cit. Chavéz Asencio Manuel F. p 23

Hay quienes afirman que la fecundación no es artificial, sino que lo artificial es la inseminación; lo cual no es totalmente cierto puesto que existe la llamada "fecundación in vitro", en la cual el óvulo es fecundado en un tubo de ensayo.

Para establecer en qué consisten los métodos de reproducción asistida, señalaremos brevemente como se realiza el proceso reproductivo normal.

La concepción surge a través de la unión de una célula germinal masculina (espermatozoide) con la femenina (óvulo), estas células se denominan gametos⁵⁷; los cuales se producen por las gónadas (masculinas o femeninas); estas son las encargadas de secretar a la circulación sanguínea hormonas que en el caso de los ovarios son los estrógenos y en el caso de los testículos reciben el nombre de andrógenos.

Los espermatozoides son células microscópicas que conllevan el material genético del padre, a diferencia de éste el ovario produce un óvulo aproximadamente cada 28 días y que cuenta con el material genético de la madre. Al unirse con el espermatozoide surge una vinculación genética en esa nueva célula con la mitad de información genética proveniente de los progenitores.

Por lo tanto, debemos entender por reproducción asistida, al conjunto de procedimientos para los que se necesita un laboratorio especializado en biología de la reproducción, donde los óvulos y espermatozoides son tratados para mejorar su capacidad fecundante y los embriones obtenidos, cultivados para mejorar su capacidad de implantación.

4.3.3.- CLASIFICACIÓN DE LOS DISTINTOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Cada una de las causas que alteran el proceso reproductivo tiene un tratamiento distinto y específico.

⁵⁷ La Célula que en la reproducción sexual se une a otra para dar origen a un nuevo ser.

1.- INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La técnica de la inseminación artificial como ya mencionamos con anterioridad consiste en la colocación del semen en el aparato genital femenino, cuando no es posible el acto sexual o cuando de éste no sea probable que se consiga una gestación. Existen dos tipos: inseminación artificial con semen del cónyuge, e inseminación artificial con semen de donante.

- **Inseminación artificial con semen del cónyuge o llamada inseminación homóloga.-** Hay dos técnicas: la cervical y la intrauterina, según el lugar donde se deposite el semen. Consiste en concentrar la mayor cantidad de espermatozoides móviles normales, colocándolos después directamente dentro de la cavidad uterina. De esta manera se coloca el semen lo más cerca del óvulo, reduciendo el recorrido de los espermatozoides. Se realiza generalmente cuando existe:

A) **alteración inmunológica:** Si hay anticuerpos antiespermáticos en el moco cervical la penetración espermática se verá dificultada. O también cuando los anticuerpos se hallan en el semen.

B) **semen patológico:** Tanto en las alteraciones del volumen como en el recuento del número y movilidad de los espermatozoides.

C) **esterilidad de origen desconocido**

Eficacia del procedimiento: Los resultados presentados son muy dispares. En la actualidad, podemos decir que el porcentaje de gestaciones alcanzados es de alrededor del 30% con un máximo de seis ciclos de inseminación.

- **Inseminación artificial con semen de donante o inseminación heteróloga.-**
Antes se utilizaba semen fresco, sin embargo, debido al riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas, actualmente, sólo se utiliza semen crío preservado

(conservado en congelación), al menos durante 6 meses. Se realiza generalmente en problemas...

A) **andrológicos**: Cuando el hombre presenta un trastorno de eyaculación⁵⁸ o de semen, ya sea una ausencia total de espermatozoides o una disminución severa en cuanto a su número o movilidad, y que no sean corregidos por los tratamientos convencionales.

B) **enfermedad hereditaria**: Cuando el varón puede transmitir a su descendencia una enfermedad hereditaria.

C) **incompatibilidad RH**: En las parejas con incompatibilidad RH⁵⁹, en las que el varón es RH(+) homocigótico y la mujer es RH(-) y sensibilizada.

D) **mujer sin pareja**: en esta situación se solicita un informe psicológico.

E) **esterilidad de origen desconocido**: después de haber fracasado los tratamientos adecuados, incluso la fertilización in vitro, al respecto debemos señalar que la ley permite utilizar estas técnicas siempre que se utilicen como último recurso.

Eficacia del procedimiento: la tasa acumulada de gestaciones que se consiguen con esta técnica es del 56% a los 6 meses, 69% a los 12 meses y 74% a los 20 meses.

DE LOS DONANTES

Debe ser mayor de edad, joven (entre 18 y 35 años, en los casos de ser anónimo), voluntario, sano física y psíquicamente, con un nivel de inteligencia normal y sin antecedentes patológicos personales ni familiares. El secreto profesional debe ser estrictamente guardado por todo el personal sanitario. El donante no debe conocer la identidad de la pareja receptora ni ésta a aquél.

⁵⁸ Ir. Lanzar con rapidez y fuerza el contenido de un órgano, cavidad o depósito.

⁵⁹ Factor, antígeno de la superficie de los glóbulos rojos que permite la clasificación de los tipos de sangre.

Selección de donantes

Se hace una historia familiar y personal, exploración genital, análisis de sangre, seminograma y test de congelación.

Se registran las características físicas: peso, talla, color de la piel, color de los ojos, color del pelo; todo ello se tiene en cuenta y debe adaptarse a la pareja receptora.

Se realizan análisis generales, grupo sanguíneo RH, así como de la existencia de enfermedades más habituales y la determinación de los anticuerpos del sida. El semen sólo se emplea cuando el estudio analítico sigue siendo normal a los 6 meses de la donación.

Las anomalías del semen son las causas más frecuentes de exclusión de donantes.

- **Inseminación artificial mixta.**- Conformada por la mezcla de esperma de 2 o más personas, generalmente del marido y un donante; esta practica se realiza principalmente por cuestiones de tipo filial; puesto que le brinda al cónyuge (esposo) la posibilidad de suponer que él es el padre genético.

2.- FECUNDACIÓN "IN VITRO"

La fecundación "in vitro" consiste en la fecundación de los ovocitos obtenidos por punción folicular fuera del organismo materno, en la división celular de los cigotos en el laboratorio y en la posterior introducción de los embriones en el aparato genital de la mujer. De ahí que el término correcto sería fecundación "in vitro" con transferencia de embriones.

Se recomienda en los casos de:

- **Factor tubárico:** ausencia o destrucción de las trompas
- **Factor masculino:** con semen de mala calidad, o por la ausencia de espermatozoides y la necesidad de la utilización de semen de donante, si previamente ha fracasado la inseminación artificial con semen de donante.

- **Fallo de tratamientos previos:** cuando después de realizar tratamientos médicos y de inseminación no se consigue gestación, aún no teniendo causa aparente.

Se suelen transferir de 2 a 4 embriones, y el resto, si existen, se guardan mediante congelación (crío conservación) para ser utilizados en ciclos posteriores. Los embriones crío conservados pueden ser donados por la pareja a otra pareja estéril.

Fecundación in vitro con donación embrionaria: las parejas que consiguen un hijo tras una fertilización in vitro y les han sobrado embriones congelados, aceptan la cesión de sus embriones a parejas estériles que precisen esta variante.

3.- MATERNIDAD SUBROGADA (VARIANTES DE LA FERTILIZACIÓN IN VITRO)

Fecundación in vitro con donación de ovocitos: los casos indicados de esta técnica sería: mujeres con enfermedad genética transmisible, o en mujeres sin ovarios que funcionen adecuadamente; bien por menopausia precoz o por la extirpación de ambos ovarios.

Fecundación in vitro y transferencia embrionaria a un útero subrogado: una vez obtenidos los embriones por fecundación in vitro con los gametos procedentes de sus padres genéticos, son transferidos a un útero subrogado, o sea de otra mujer, con el pacto previo de que tras el nacimiento, el hijo será entregado a sus padres genéticos. Su indicación fundamental es cuando la mujer carezca de útero. En la legislación mexicana por disposición expresa del Artículo 338 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, que a la letra señala: **"...la filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros..."**, al respecto el Artículo 277 del Código Penal del Distrito Federal señala: **"...se impondrán de**

uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes..."

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

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

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

En este sentido debemos señalar que aunque la ley no señala distinción alguna entre los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio como lo determinamos en los capítulos anteriores de la presente investigación; es importante dejar establecido que nuestro legislador no permite respecto de la filiación transacción o convenio alguno; en otras legislaciones extranjeras es permitida esta situación en algunos casos como acto altruista y en otros a cambio de remuneración de tipo económico.

Por lo tanto observamos que el derecho a la libertad de procreación se encuentra limitado cuando este hecho es contrario a las leyes de orden público o afecta las buenas costumbres. Además no debemos olvidar que la persona vale "per se" y su vida no puede ser utilizada para lucrar o atribuirse un valor comercial; por lo que en nuestro proyecto de regulación establecemos una pena para las mujeres que presten o arrienden su matriz con fines o no de lucro. Ya que consideramos que el contrato de maternidad subrogada establece una distorsión que va en contra de los valores de maternidad puesto que entabla la posibilidad de considerarse al cuerpo femenino dentro del comercio, lo cual a nuestro entender resulta contrario a los valores e intereses de nuestra sociedad y a la naturaleza misma de la familia.

El concepto de ser "sustituta" viola la unidad biológica y espiritual del matrimonio, explota al niño como un artículo y a la madre como fábrica de bebés.

Algunos tratadistas señalan ya el peligro de que en el futuro se creen dos clases de mujeres: las que tendrán los medios para remunerar a una madre de alquiler y, las que deberán alumbrar hijos de encargo para ganarse la vida.⁶⁰

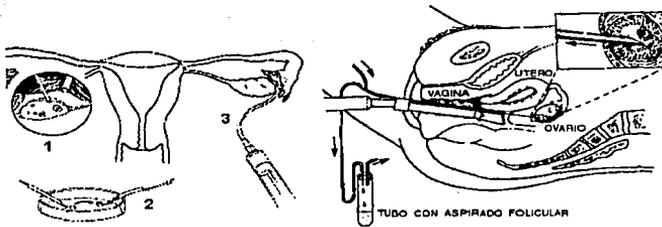
A continuación establecemos el procedimiento de las técnicas de inseminación artificial:

- (1) Captura de los ovocitos por punción ovárica directa a través de un control especial en caso de emplearse para el depósito de los gametos en las trompas. El tipo de anestesia, puede ser general, bloqueo o local.

- (2) Identificación de la madurez y calidad de los ovocitos en el laboratorio de gametos.

- (3) Introducción a las trompas uterinas los ovocitos de la paciente (o de una donante) mezclados con semen homólogo o heterólogo previamente capacitados se utilizan hasta 3 ovocitos y 150,000 espermatozoides por trompa.

⁶⁰Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM "el impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro". 1999 p.207



Este método permite una tasa de éxito entre el 25-30%, aproximadamente la mujer puede regresar salir de hospital y al día siguiente volver a sus actividades.⁶¹

Se cargan 3-4 pre-embiones en un catéter especial el cual se pasa por el cérvix hacia el interior del útero. La paciente se queda acostada unas 2 horas y posteriormente regresa a su domicilio. Se sugiere reposo relativo al día siguiente.

Si se han desarrollado más de 4 pre-embiones, se crió preservarán los que hay en exceso para poderse usar en la misma pareja en otro ciclo.

La realización de algunas fases antes mencionadas puede hacerla cualquier ginecólogo entrenado en biología de la reproducción. El éxito de este procedimiento ha sido de aproximadamente un 15-20%.

CRÍO PRESERVACIÓN

Debemos determinar que el semen para su utilización en la inseminación debe de seguir un tratamiento especial el cual se denomina crío preservación; consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderla mantener en condiciones de "vida suspendida" durante largo tiempo.

⁶¹ www.artefinal.com/imer/html.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Es necesario contar con un equipo computarizado que permite un estricto control de las condiciones para bajar la temperatura fracciones de grado centígrado al minuto. La cámara de congelamiento donde está la muestra se conecta a un gran tanque de nitrógeno líquido; a través de un programa especial y sensores especiales la computadora registra la temperatura en el interior de la cámara, la temperatura de la muestra, y según las indicaciones programadas inyectará vapores de nitrógeno a la cámara para bajar poco a poco la temperatura, hasta una centésima de grado al minuto. En el ámbito reproductivo se congelan espermatozoides y pre-embiones.

BANCO DE SEMEN

El beneficio que se obtiene del banco de semen es para procedimientos de inseminación heteróloga, con lo cual se permite el embarazo en parejas con varones azoospermicos o con alteraciones graves en el número, movilidad o morfología espermática como lo señalamos anteriormente.⁶²

Los estudios iniciales de los donadores incluyen el ensayo de penetración en óvulos de hámster y análisis seminal (4 especímenes pre y postcongelación). Todos los donadores han sido estudiados con un examen físico completo, incluyendo el examen urológico; el tamizaje genético incluye análisis cromosómico, la historia de enfermedades de transmisión genética. El tamizaje de laboratorio clínico incluye VIH (virus del sida), hepatitis B, chlamydia, mycoplasma, citomegalovirus, sífilis y gonorrea.⁶³

⁶² Fernández Bula María Andrea, "Fecundación asistida y manipulación genética"edit. Amtea Buenos Aires , Arg. Pág.68

⁶³ www.esterilidad.com.mx/reproducción/index.html

Todas las muestras tienen una cuarentena de 6 meses para confirmar la ausencia del virus del sida en el donador.

La edad promedio de los donadores al dar la muestra es de 24 a 30 años.

Este procedimiento se realiza cuando:

1. Después de una entrevista donde se explica el procedimiento con sus alcances, limitaciones e implicaciones legales, se realizarán unos estudios obligados que son espermatozoides directos, espermocultivo con búsqueda de chlamydia y micoplasma y estudio de VIH.
2. Posteriormente se realiza una prueba de congelación-descongelación con análisis de la calidad final de la muestra para asegurar que el semen sea apto para la congelación. En caso de cumplir con los requisitos se mantiene congelada el resto de la muestra obtenida.
3. El varón vaya a ser sometido a vasectomía, cirugía prostática, cirugía testicular, quimio o radioterapia.

Es importante recordar que en la actualidad la mayor demanda del banco de semen en los países desarrollados es por parejas en segundas nupcias y cuyo esposo está vasectomizado. En el caso de varones que se vayan a someter a vasectomía, la auto preservación es ofrecida como una mejor alternativa.

En ocasiones, después de una captura ovular se obtiene un mayor número de óvulos de los necesarios. Debido a que la tecnología para congelar óvulos todavía está en etapas de investigación, se inseminan los ovocitos sobrantes y los pre-embiones resultantes se congelan en etapa de 4-6 células. Si en el primer procedimiento no hay embarazo, la reserva de pre-embiones congelados nos permite uno o varios ciclos de transferencia de pre-

embriones, donde en cada intento se descongelarán 3-4 pre embriones que se transferirán al útero.

Los pre-embryones excedentes se congelan para, si no hay éxito en el primer intento, en otro ciclo, ya sin estimulación hormonal ni captura ovular, se descongelen y transfieran 3-4 de ellos al útero.

4.- CLONACIÓN

El significado etimológico de la palabra clonación proviene del vocablo griego de klon, cuyas acepciones significan "ramita", "estaca". "...un clónico es un grupo de células u organismos idénticos propagados a partir de la misma célula corporal..." Con ello establecemos que la clonación es el resultado de otra generación de un genotipo ya existente..."⁶⁴

Ante el éxito de la oveja llamada Dolly, lograda por clonación en Escocia en 1997, se especula la posibilidad de clonar seres humanos, lo que indudablemente cae en el campo moral. La clonación consiste en que el núcleo de cualquier célula del cuerpo, contiene el ADN, es decir, la información genética de todo el individuo como lo mencionamos en el capítulo III de la presente investigación.

Si se toma, por ejemplo, de la epidermis o piel el núcleo de una célula y se implanta en un óvulo, la carga genética del núcleo hará que al reproducirse la nueva célula, dé por resultado un individuo exactamente igual al original.

En seres inanimados, que no tienen alma como plantas o animales, puede representar un avance sensacional al poder mejorar especies y reproducir al gusto los mejores ejemplares,

⁶⁴ Rovik David D. "a su Imagen el niño clónico, el prodigioso caso de reproducción no sexual" s/e. Editorial Argos. Barcelona. 1978 p.88

es absolutamente inadmisibles tratándose de seres humanos, ya que la reproducción de la estructura corpórea no contiene una perfecta identidad de la persona entendida tanto en su realidad ontológica⁶⁵, como psicológica.

En el diario oficial de la nación del 6 de marzo de 2000 en Buenos Aires, se informa que en China se han clonado embriones humanos; según lo informado con la prueba de laboratorio no tiene la generación inmediata de vida, es un experimento para utilizarse posteriormente.

Según el científico Hans Jonas, la clonación "es el método, la forma más despótica y esclavizante de manipulación genética" en esta perspectiva se adopta la lógica de la producción industrial: favorecer mercados, perfeccionar la experimentación, producir siempre modelos nuevos para el consumo. Dentro de algunas de las consecuencias de la clonación encontramos: la instrumentalización de la mujer, reducida a donadora de óvulos o incubadora de éstos ya clonados, "...se pervierten las relaciones fundamentales de la persona humana: la filiación, la consanguinidad, el parentesco y la paternidad o maternidad..."⁶⁶ una mujer podría ser gemela de su madre, carecer de padre biológico o ser hija de su abuelo, etc.

Si ya con la fecundación "in vitro" se produjo una confusión dramática con el parentesco, ahora con la clonación se llega a la ruptura total con estos vínculos.

⁶⁵ Parte de la filosofía que estudia al ser en cuanto tal, en toda su generalidad y abstracción, según la cual todo procede de Dios.

⁶⁶ Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana E. "Procreación humana artificial, un desafío bioético" Ediciones Depalma 1995, p.325

En el pasado mes de noviembre en la ciudad de México se llevó a cabo el primer seminario de Bioética, en el cual el Cardenal Rivera enfatizó "... Hoy como hace dos mil años, no es un inocente el que se ve juzgado y despreciado, sino miles y miles de seres inocentes que están maniatados para defenderse, para hablar, para gritar: yo soy un verdadero ser humano, que comparto como ser humano los mismos derechos, fruto de la misma dignidad que la de aquellos que intentan reducirme a un puñado de células que se usan para experimentar, para comerciar, bajo mil engaños incluso del dolor humanitario..."⁸⁷

La clonación humana es una terrible consecuencia a la que lleva una ciencia sin valores y un signo del profundo malestar de nuestra civilización, porque su finalidad reside en suplantar, con la ayuda de la ciencia y de la técnica, los valores esenciales y profundos del ser humano, como son el sentido de la vida y la felicidad total, que no puede excluir la salvación eterna, con una calidad de vida meramente material. La clonación es inmoral por la arbitraria concepción del cuerpo humano, reducido a simple instrumento de investigación, olvidando completamente la dignidad del hombre.

Como consecuencia, el presidente de Estados Unidos de Norteamérica manifestó: "... No podemos, como sociedad, hacer crecer la vida humana para luego destruirla..."

CLONACIÓN TERAPÉUTICA

Ahora bien, es necesario señalar que en México, cada año 50 mil pacientes requieren de un órgano por lo que la denominada "clonación terapéutica" resulta ser una nueva oportunidad de vida; cuyo objetivo es la experimentación de células madre a través de la clonación para crear órganos que puedan servir para trasplantes y cuyo procedimiento es el siguiente:

⁸⁷ Navarro Alfonso. "¿qué legislaciones nos cocinarán para la clonación humana?". Periódico Ecos. 6ª época. 6 Diciembre 2001, p. 1-2.

El proceso consiste en sacar células sanas del cuerpo del paciente, buscando aislar el núcleo que es donde asienta el ADN el cual se une a un óvulo sin núcleo, fusión que da lugar a un embrión llamado sintético. Antes de los 14 días, se extraen las células madre del embrión las que son totipotenciales, es decir, disponen de la posibilidad de cumplir distintas funciones y generar tejidos sanos.

Posteriormente se inoculan las células obtenidas del embrión que es una réplica clónica del paciente y se dirige su especialización para convertirse en la célula que se precisa acorde a la enfermedad. La clonación para la reproducción de seres humanos es ilegal y debe seguir siéndolo.

Al respecto, nosotros consideramos que en este único precepto la clonación debe ser permitida puesto que se pueden crear tejidos y órganos para aquellos que los necesitan para mejorar su salud.

Procedimiento de la clonación:

Por un lado se extraen células de la piel del candidato a ser clonado, y por el otro, se somete a mujeres voluntarias a un tratamiento de estimulación ovárica, logrando de tal modo que cada mujer produzca en el ciclo menstrual una media de 15 óvulos; el núcleo de cada óvulo es extraído con la ayuda de una aguja diminuta.- el óvulo sin ADN y la célula donante son colocadas una junto de la otra y se someten a una descarga eléctrica, logrando con ello la fusión. Algunas de las células recién fabricadas se subdividen formando el embrión. Debido a que los embriones no se implantan con éxito se colocan varios en el útero de cada mujer. Se estima que necesitan unas 50 madres para garantizar una decena de embarazos; de los cuáles la mayoría no prospera, una parte son abortados cuando se ha detectado una

anormalidad física. Con ello observamos que el niño clonado debe nacer completamente sano⁶⁸.

La clonación de embriones afirman que permite obtener las denominadas células madre, que facilitarán la fabricación de tejidos y órganos.

RESULTADOS DE LA CLONACIÓN.

- Innumerables fracasos al realizar la clonación.
- El 98% de los embriones clonados no se implantan o mueren durante la gestación.
- Parte de los clónicos que sobreviven nacen con el doble de tamaño que sus congéneres o presenta trastornos de desarrollo⁶⁹.(como sucedió con la muerte de la oveja Dolly por padecer envejecimiento prematuro).
- Desproporción de órganos, corazón deforme, alteración en el sistema inmunológico.

El laboratorio estadounidense "Advanced Cell Technologies" (act) informó que ha realizado "con éxito" la clonación del primer embrión humano. La empresa, con sede en Worcester (Massachusetts), mediante un informe publicado en el "Journal of Regenerative Medicine", en el que se proporciona la primera prueba de que células humanas reprogramadas pueden proporcionar tejidos para trasplantes.

⁶⁸ Revista Muy Interesante. * A un paso de la Clonación Humana* año 17 número 4 abril de 2000.p.11.

⁶⁹ La madre de Dolly tenía 6 años cuando fue clonada, por ello las células de Dolly muestran síntomas de envejecimiento prematuro.

4.4.4.- MOMENTO EN QUE SE RECURRE A LOS MÉTODOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Es importante señalar los momentos en que puede realizarse la fecundación en relación con el estado civil.

➤ **Dentro del matrimonio: puede ser homóloga o heteróloga.**

Lo que significa que puede realizarse con elemento masculino o femenino de los consortes y en otros casos con al menos un elemento extraño a los consortes o concubinos y por último, en aquellos casos en que se realiza con ambos elementos extraños implantados en la esposa o concubina.

➤ **Fuera del matrimonio (extramatrimonial): concubinato, post mortem, solteros.**

En algunos países se permite la utilización de estos métodos a mujeres solas, en México nuestra legislación no establece nada al respecto, por lo que se aplica la fórmula de que: "... Lo que no está prohibido está permitido...".

Al respecto es necesario que establezcamos la posibilidad de que no se realice la procreación post mortem; determinando que el producto fue concebido con semen del difunto obtenido con anterioridad al fallecimiento. Atendiendo a este supuesto el Artículo 324 en su segunda fracción del Código en comento, excluye esta posibilidad como lo hemos señalado con anterioridad, además de que la situación es de una concepción conyugal pero extramatrimonial, puesto que como sabemos, el matrimonio termina con la muerte de alguno de los cónyuges, además de que la figura de la sucesión se ve notoriamente afectada puesto que el Artículo 1314 de la ley en estudio establece que:

Artículo 1314: "... Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la

herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme lo dispuesto en el Artículo 337⁷⁰..."

Por lo que con ello se crea un conflicto ya que en el supuesto señalado el hijo no fue concebido al tiempo de la muerte del de cujus. Ante esta posibilidad en el apartado V de la presente investigación nosotros hemos propuesto un procedimiento para regular este tipo de situaciones que pudieren llegar a originarse.

Debemos hacer hincapié en que nosotros consideramos que si la pareja no puede lograr la concepción de manera natural, existe la posibilidad de lograr su descendencia a través de la utilización de las técnicas de reproducción asistida, o en su caso, por medio de la adopción, por lo que la decisión concierne única y exclusivamente a la pareja como lo establece la ley al referirse al derecho a la libertad de procreación, o bien, a la persona libre de matrimonio que pretenda adoptar en términos de lo preceptuado por el Artículo 390, referente a la adopción y demás relativos del Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

4.4.- LEGISLACIONES EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN LOS SERES HUMANOS.

En 1985 en Suecia se regula la inseminación artificial, en donde únicamente se permite la inseminación artificial homóloga, ya que la consideran como una medida que resuelve los problemas de procreación en la pareja, declarándola como una situación legal.

La permiten tanto en el matrimonio como en mujeres en concubinato; prohibiendo las inseminaciones heterólogas, señalando éstas como una acción en contra del matrimonio, ya

⁷⁰ El Artículo 337 reputa como nacido el feto que vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Registro Civil.

que la figura de un tercero ocasionaría conflictos en la pareja y al menor en cuanto a su filiación.

En Argentina, de igual forma, se permite la utilización de técnicas de reproducción asistida para lograr la procreación, la diferencia que establecemos en este cuerpo normativo a diferencia del anterior es, que se iguala la figura de la adopción con la de la inseminación artificial, creándose así el consentimiento a la pareja de realizar la inseminación homóloga o heteróloga permitiendo recurrir a estas técnicas cada vez que sea necesario, protege la identidad de los donantes, no permite ser donador a la persona que presente problemas genéticos de: epilepsia, enfermedades mentales o corporales.

En Dinamarca encontramos un reglamento que regula algunas de las cuestiones de la inseminación artificial estableciendo que es necesario contar con el consentimiento de la mujer por escrito para llevarla a cabo, que la mujer sea mayor de 21 años; no se permitirá en aquellos casos en que la persona interesada o la pareja carezca de los medios necesarios para educar y cuidar a un menor, el donante no es emparentado con ninguna obligación para con los padres ni con el menor, además, gozará plenamente del anonimato.

Estados Unidos de Norteamérica, Dinamarca, Gran Bretaña y especialmente el Vaticano, han mostrado su preocupación para la prohibición universal sobre cualquier forma de experimentos de clonación con seres humanos.

En España existe la ley 35 de fecha 22 de noviembre de 1988, que contiene las disposiciones de las técnicas de reproducción asistida. Encontramos que éstas se permiten en mujeres mayores de edad, en buen estado de salud psicológico y físico. Regula cuestiones de la donación y determina que se custodian los datos de identidad; pero los hijos nacidos de donantes tienen derecho por sí o por sus representantes a obtener

información general sobre los donantes. Igual derecho corresponderá a las receptoras de gametos.

El proyecto de recomendaciones de experto del consejo de Europa⁷¹ expresa que la inseminación artificial se realizará con una sola mujer y el esperma de un donante anónimo, siempre y cuando existan las condiciones apropiadas para asegurar el bienestar del niño; solo la deben practicar médicos especializados; la donación de esperma no perseguirá ningún tipo de finalidad lucrativa; el hijo concebido por inseminación artificial será considerado como legítimo de la mujer y su cónyuge.

4.5.- PLANTEAMIENTO DE LAS DIFICULTADES ORIGINADAS POR LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

Actualmente, la cuestión sobre las técnicas de reproducción asistida ofrece nuevos y graves problemas cuya solución debe atender las necesidades de una realidad. La concepción de la filiación materna atendía al principio "mater semper certa est", actualmente esto resulta irrelevante puesto que en la maternidad pueden intervenir dos o tres mujeres para lograr el nacimiento: la que lo decide, la que dona el óvulo, y la que da alumbramiento. Primeramente observamos que la utilización de técnicas de reproducción asistida ha sido considerada como cuestión inmoral desde el punto de vista eclesástico. El juicio moral acerca de la fecundación "in vitro" y la inseminación artificial, tiene como base el hecho incontrovertible, de que desde el mismo instante de la fecundación o concepción, existe persona humana, vida humana y ésta es intocable, la iglesia siempre ha enseñado, que al fruto de la generación humana, desde el primer momento de su existencia se ha de garantizar el respeto incondicional que moralmente se le debe al ser humano en su totalidad, unidad corporal y espiritual".

⁷¹ Proyecto de recomendaciones de expertos del consejo de Europa de fecha 5 marzo de 1979.

"...no es moral, por lo tanto, manejar vidas humanas en un laboratorio al nivel de experimento, tratando a los embriones como un simple producto, devaluando al ser humano..." ya que puede trasplantarse un embrión, fertilizarse un óvulo con cualquier esperma y puede ser congelado, por lo que los primeros días de la existencia de este ser humano, los pasa en un laboratorio esperando que otros decidan su destino.⁷²

En la Gran Bretaña aproximadamente en 1996, se presenta un conflicto legal en materia de reproducción asistida, puesto que una mujer alquiló su matriz, la cual fue fecundada con óvulo y esperma de una pareja, debido a que la matriz de la cónyuge no podía sostener el producto para lograr el adecuado desarrollo del embarazo; el problema surgió cuando da a luz a gemelos, con ello la mujer se negó a entregar a uno de los bebés a sus padres genéticos, señalando que en el contrato celebrado sólo se determina la entrega de un bebé.

En el continente africano surge el caso de una señora de 46 años quien acepta la colocación del esperma del yerno y del óvulo de su hija; debido a que ésta última no puede procrear; y buscan lograr la descendencia en el núcleo familiar; el problema se observa al momento del nacimiento puesto que no se puede determinar claramente si la señora es la abuela o realmente la madre por el hecho del alumbramiento.

En Australia se presenta la situación de embriones huérfanos, los cuales iban a ser inseminados en la pareja biológica, pero antes de lograr esta inseminación la pareja sufre un accidente mortal; posteriormente los embriones son utilizados por otra pareja y la problemática surgió cuando se preguntaron si sería válido utilizarlos en otra pareja para su pleno desarrollo y si tuviesen derechos sobre la sucesión de los padres genéticos.

Un estudiante de medicina dió esperma para 33 niños en una población relativamente pequeña y hubo necesidad de impedir una boda por resultar medios hermanos los novios.

⁷² Zannoni, Eduardo. "Inseminación Artificial y fecundación extrauterina" s/e. Editorial Sudamericana, p. 54

Una señora permite que le sea extraído un embrión, para trasplantarlo a otro útero alquilado, para evitarse las molestias del embarazo y porque, además, tiene una carrera muy exitosa. Se fecundan dos óvulos gemelos, uno es colocado en la "madre" que lo encargó y el otro queda congelado por 18 meses hasta que alguna otra "madre" lo pide; así pues, son gemelos con 18 meses de diferencia.

Una pareja encarga un bebé por medio de la maternidad subrogada, a la mitad del embarazo de la " madre sustituta" el matrimonio se divorcia y establecen la posibilidad del aborto.

El choque emocional de un niño normal al enfrentar el divorcio de sus padres es menor al compararlo con el niño "experimento", que encima de todo se entera de que su padre , no es su padre genético, su madre, no es su madre genética o no lo llevó en su seno y no son pocos los casos que cuando el niño llega a los 18 años, se lance a las clínicas de fertilidad en busca de sus "padres genéticos" para averiguar qué tenían en mente cuando tomaron esa decisión.

El caso Baby M.. En 1993 se llevó a cabo en los tribunales de Nueva Jersey el caso llamado "Baby M".

El matrimonio Stern es estéril, así pues, buscan con todo cuidado una mujer con "garantías" para que sea inseminada con el esperma del señor Stern y encuentran a la señora Whiteheads; quedan encantados de la amistad y hacen un contrato formal en el que darán a la "madre sustituta" diez mil dólares para gastos, más otros diez mil al momento del alumbramiento y todos muy contentos forman un verdadero equipo.⁷³

⁷³ - Rivera, Julio César; Medina Graciela, "Los destinatarios de las técnicas de reproducción humana asistida's/e. Editorial Reus. Madrid. 1998 pp.121,124.

En marzo de 1986 nace una niña del vientre de la señora Whiteheads, a la que ella llama Sara, los Stern Melisa y el Juez "Baby M."; después del nacimiento la 'madre sustituta' grita: "Oh Dios mío, ¿qué he hecho?" y no quiere entregar la niña a los Stern; les devuelve el dinero y apela a los tribunales para conservarla; la niña cumple un año y el Juez sin poder solucionar el caso.

En Londres Inglaterra, una mujer francesa, estéril, de cuarenta y siete años quiere utilizar esperma de su hermano para fertilizar un óvulo donado en una clínica londinense; la clínica ha confirmado que después de haber realizado el examen previo a la inseminación el organismo británico encargado de regular lo relacionado con la reproducción señaló que: "... No se considera que este caso sea diferente del de una mujer que recibe la donación de su hermana, no constituyendo incesto. El esperma de su hermano se lavará, preparará y utilizará para fertilizar un óvulo procedente de una donante anónima..." Cabe señalar que el proceso no es legal en Francia, donde no se concede tratamiento in vitro a las mujeres que han alcanzado la menopausia..."⁷⁴

Hay grupos que trabajan por impedir la práctica de la "madre sustituta" pues si esto se legaliza, es hacer pública y legal la venta y compra de niños, úteros, espermias, etc. Temen, con razón, que las mujeres pobres se vuelvan incubadoras humanas de parejas ricas que no quieren las molestias de un embarazo.

Las posibilidades de la procreación artificial auguran la aparición de nuevos tipos de familia. "El Sunday Times"; revista en estados unidos nos permite imaginar la foto oficial de un matrimonio de moda que comprendería en un futuro próximo a los siguientes personajes:

Por parte de la novia: su padre jurídico, su madre biológica, el donante del esperma que engendró a la novia y que ha planteado un proceso para tener derecho a visita,

⁷⁴ Periódico "El Sol de México". Fecha Lunes 27 de agosto de 2001. p.13/A

Por parte del novio: la madre genética que aportó el óvulo, la madre biológica que alquiló su útero y dió a luz al novio, el médico que hizo la fecundación in vitro, el director de la agencia que contactó a ambas madres ; el padre no aparece, pues murió cinco años antes del nacimiento del chico, pero como había dejado su esperma congelado, su mujer lo utilizó y posteriormente es implantado en otra mujer para tener el hijo, aún cuando ya había superado la menopausia.

Este gran avance técnico de la procreación artificial, ha creado problemas sociales, jurídicos y éticos...⁷⁵ no debemos olvidar que la persona tiene derechos desde el momento en que es concebida, entonces, ¿los embriones tendrán capacidad conforme a Derecho? Si. En nuestra legislación mexicana, contarán con la capacidad de goce desde el momento en que se es concebido en el seno materno, teniéndose por nacido para los efectos declarados en el Código Civil. La Ley General de Salud establece: embrión: el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la duodécima semana de gestión; por lo tanto, es protegido por el derecho desde la concepción.

Durante la presente investigación hemos observado que la maternidad deja de ser cierta, ya que con las técnicas de inseminación artificial la maternidad no equivale a parto; por ello es que mientras no exista una regulación sobre las formas de reproducción humana que proteja fundamentalmente los derechos e intereses del hijo y de la familia como institución primordial, existirá una grave situación en la que la filiación se ve afectada enormemente con la aparición de los métodos de reproducción asistida; puesto que exponen que el

⁷⁵ Times, enero y marzo de 1987. "Psychology Today; Whose Baby Am I? diciembre 1984.

vocablo maternidad y paternidad ya no es exclusivo de la persona que pudo concebir al hijo, fruto de una relación sexual sino también de aquél que pudo ser creado en un laboratorio.

Es indispensable que establezcamos que la utilización de las técnicas de reproducción asistida ha sido creada fundamentalmente para establecer un remedio a la esterilidad de la pareja. Las madres solteras que recurren a éstas técnicas quitan el derecho a su hijo de tener un padre, actuando de manera injusta, ya que consideramos de mayor prioridad el derecho de un hijo a tener un padre antes que el derecho de una madre a tener un hijo, por lo que nosotros no estamos de acuerdo en que la posibilidad de la utilización de éstas técnicas se conceda a las personas libres de matrimonio, a excepción de las unidas por concubinato.

4.6.- CONCLUSIONES

PRIMERA.- La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituye la parte esencial del orden jurídico, se encuentra dividida en dos partes: dogmática y orgánica.

SEGUNDA.- La extensión de las garantías individuales no es absoluta, se encuentran limitadas por las modalidades y restricciones que los mismos preceptos constitucionales señalan, en razón del orden público y de la conveniencia social; por lo tanto, garantía constituye el derecho que tiene el individuo a través de la Constitución o por las leyes que de ésta emanan.

TERCERA.- Las garantías no solo a los mexicanos, sino también a todas las personas morales del Derecho civil y a todo aquel que se encuentre en territorio mexicano, se extiende hasta las personas que están fuera de él, cuando resienten alguna lesión en su interés jurídico por la actuación de una autoridad mexicana.

CUARTA.- El Artículo 4º Constitucional establece el derecho a la libertad de procreación de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos; lo cual implica el derecho a la libertad y responsabilidad e información compartida entre hombres y mujeres en el ejercicio de este derecho basados en la vida en común, incorporación de valores y principios familiares fundado en el amor y comprensión que debe de existir en la pareja humana.

QUINTA.- La Ley General de Salud tiene el objeto de brindar organización, control y vigilancia de la prestación de servicios y de establecimientos de salud, a través de

programas de comunicación educativa de planificación familiar y educación sexual, tomando en cuenta lo que establezca el consejo nacional de población; dando prioridad a la atención materno infantil.

SIXTA.- El Reglamento de la Ley General de Salud relativo al capítulo IV, establece la normatividad referente a la investigación para la salud regulando cuestiones como mujeres en edad fértil, parto, puerperio, lactancia, recién nacidos, embriones, óbitos, fetos y fertilización asistida.

SÉPTIMA.- Para utilizar las técnicas de reproducción asistida es necesario contar con el consentimiento del cónyuge por escrito, quien además de brindar la información sobre efectos y posibles consecuencias que pudieren originarse con la utilización de dichas técnicas, la investigación sobre fertilización asistida será admisible cuando se aplique solución a problemas de esterilidad.

OCTAVA.- La Ley General de Población establece normas que procuran la planificación en los centros de población, buscando satisfacer a la comunidad mediante la prestación de servicios, manteniendo parámetros que permitan un adecuado control sobre el crecimiento demográfico.

NOVENA.- El Reglamento de la Ley General de Población establece el seguimiento de los programas de planificación familiar que informarán de manera clara sobre fenómenos demográficos y de salud reproductiva, así como las vinculaciones de la familia con el proceso general de desarrollo con el fin de impulsar el bienestar familiar.

DÉCIMA.- El Código Civil en su Artículo 162, segundo párrafo; consagra los derechos que establece el Artículo 4º Constitucional al determinar que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y permite emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su descendencia.

DÉCIMA PRIMERA.- El Código Penal establece las sanciones para aquél que provoque, induzca o realice la muerte del producto durante la preñez; por lo tanto, busca proteger el producto desde el momento mismo de la concepción. De igual forma establece los supuestos en que no se sancionará el delito de aborto como lo es el caso de violación; cuando la madre se encuentra en peligro consecuencia del embarazo o alteraciones genéticas del producto.

DÉCIMA SEGUNDA.- Los métodos de reproducción asistida son aquellos recursos proporcionados por los adelantos de la biología para lograr de manera artificial la concepción, generalmente estas técnicas son utilizadas por sujetos infértiles cuya utilización ha ido evolucionando, originándose polémicas entre grupos civiles y religiosos.

DÉCIMA TERCERA.- La inseminación artificial consiste en depositar semen del cónyuge o de un donante en el aparato reproductor femenino previo estudio realizado por la institución de salud. Por lo tanto dentro de la clasificación de los métodos de reproducción asistida tenemos: inseminación artificial homóloga u heteróloga, inseminación in vitro, maternidad subrogada y la clonación.

DÉCIMA CUARTA.- El banco de semen se utiliza en los procedimientos de inseminación heteróloga, permitiendo el embarazo en parejas con varones azoospermicos o con

alteraciones graves en la morfología espermática; y por otro lado, la crío preservación que consiste en la auto preservación en los casos en que el varón se someterá a vasectomía, cirugía prostática, quimio y radioterapia, y que desean preservar la posibilidad de reproducirse. Por otro lado, la crío preservación de pre- embriones se realiza cuando hay excedentes de gametos originados durante el tratamiento, éste sistema mantiene probabilidades de embarazo sin tener que repetir nuevamente todos los pasos de las técnicas.

DÉCIMA QUINTA.- La figura de la maternidad subrogada ataca la figura de la madre ya que ésta deja de ser cierta con el empleo de las técnicas de inseminación artificial puesto que la maternidad no equivale a parto; el concepto de ser "sustituta" viola la unidad biológica de todo ser vivo atacando el concepto individual y espiritual del matrimonio así como de la unidad de dos personas y la más importante, explota al niño como un artículo para comerciar y a la madre como fábrica de bebés.

DÉCIMA SEXTA.- La clonación es el resultado de otra generación de un genotipo ya existente, la carga genética del núcleo hará que al reproducirse la nueva célula, dé por resultado un individuo exactamente igual al original. La clonación es inmoral por la arbitraria concepción del cuerpo humano reducido a simple instrumento de investigación, olvidando completamente la dignidad del hombre.

En este supuesto el papel de la mujer es reducido a donadora de óvulos o incubadora de éstos ya clonados, originando con ello una gran problemática en aspectos como el parentesco, maternidad, paternidad, etc.

DÉCIMA SÉPTIMA.- En algunos países se permite la utilización de las técnicas de reproducción asistida en personas libres de matrimonio: solteros, divorciados, viudos, etc. Nuestra legislación no contempla nada al respecto por lo que es aplicable en este supuesto "... Lo que no está prohibido está permitido..."; pero sí señala que para el empleo de los métodos de reproducción asistida dentro del matrimonio y del concubinato debe contarse con el consentimiento de los miembros de la pareja, cuyo objetivo es brindar al concebido una familia con un padre y una madre, vinculados por lazos de amor, cariño y comprensión.

DÉCIMA OCTAVA.- En nuestra opinión, consideramos que nuestro legislador únicamente debe permitir la utilización de las técnicas de reproducción asistida en parejas unidas por matrimonio o concubinato, estableciendo claramente la prohibición a los solteros o libres de matrimonio a excepción de lo señalado con anterioridad.

DÉCIMA NOVENA.- La utilización de las técnicas de reproducción ha originado una problemática eclesíástica, social, psicológica y sobre todo jurídica; por lo que es necesario establecer una serie de parámetros que vinculen las perspectivas y posibles soluciones en cada uno de estos campos, sin dejar a un lado los valores esenciales de todo ser humano como son: el respeto, la confianza, el amor, la honorabilidad, la identidad, etc.

Capítulo V

PROYECTO DE REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN EL DERECHO MEXICANO.

El Congreso de la Unión debe urgentemente, ante las reformas al Derecho Civil en el ámbito Familiar de fecha 25 de mayo de 2000, crear normas que se encuentren debidamente sustentadas ética y legalmente, las cuales regulen situaciones que desde la medicina y la biogenética son una realidad; que contemplen aquéllas situaciones que vienen anunciándose como parte de un futuro muy próximo.

El propósito de crear una regulación sobre la inseminación artificial dentro de las técnicas de reproducción asistida, es el de definir y fijar las bases de la misma, creando las condiciones para mejorar el nivel de vida de parejas que tienen la necesidad de recurrir a estas técnicas, cuya finalidad es la de brindar una serie de reflexiones que sirvan de base para orientar la formulación de una adecuada normatividad en lo referente a la utilización de técnicas de reproducción asistida.

Por lo que nos limitaremos a plantear algunas propuestas basadas en el análisis que hemos realizado a través de la presente investigación, advirtiendo la necesidad de adecuarlas a nuestra legislación.

5.1. – PROYECTO DE REGULACIÓN EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

Debe establecerse la creación de normas que posibiliten y regulen adecuadamente las técnicas de reproducción asistida y todo tipo de investigaciones que de ella se deriven.

- La utilización de las técnicas de reproducción asistida tendrá la finalidad de conseguir la procreación, ante las dificultades originadas por imposibilidad de la pareja de concebir siempre y cuando no constituya algún riesgo para el producto.
- Solamente podrá utilizar las técnicas de reproducción asistida la pareja heterosexual, unida por matrimonio o por concubinato; ambos mayores de dieciocho años, en edad reproductiva y cuyo consentimiento se presente por escrito.
- Únicamente se podrá recurrir a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, después de haberse intentado seriamente la posibilidad de que la pareja adopte a uno o a más incapaces y posteriormente hubiere manifestación expresa de los interesados de no ser su deseo recurrir a la adopción.
- Deberá prohibirse la utilización de las técnicas de reproducción asistida a parejas de homosexuales, mujeres solteras, divorciadas, mujeres que se encuentren en la etapa de menopausia, mujeres mayores de 40 años.
- Que se demuestre que se han agotado los medios naturales y necesarios para lograr la procreación, en un documento que expedirá la institución de salud, el cual debe establecer la causa de incapacidad para la procreación por uno o ambos miembros de la pareja.
- La pareja deberá contar con un asesoramiento obligatorio en el ámbito psicológico, legal y médico. Asimismo, se les dará información sobre los riesgos, peligros, consecuencias, responsabilidades y obligaciones de concebir en estas circunstancias. Por lo que sólo podrá realizarse la utilización de estas técnicas cuando existan condiciones adecuadas para asegurar el bienestar del menor y exista estabilidad en la pareja interesada. Posteriormente, se emitirá un diagnóstico por cada especialista, el cual será evaluado y analizado por el Juez Familiar. Finalmente éste será quién determine la procedencia o improcedencia del empleo de

las técnicas de fertilidad en la pareja a través de jurisdicción voluntaria, cuya resolución será de carácter revocable y personal.

- No podrá alegarse la paternidad y maternidad del producto concebido por el empleo de estas técnicas; puesto que ha sido concebido y realizado con el consentimiento de ambos.
- No podrá determinarse la filiación ni reconocerse relación jurídica entre el producto nacido por las técnicas de reproducción asistida, cuando éste no se hubiere concebido a la fecha de la muerte del de cujus.
- Se debe garantizar a la pareja la discreción sobre el problema de esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por la utilización de estas técnicas.
- La adopción y la donación de embriones, esperma u óvulos, extingue la filiación preexistente tanto del adoptado, como del concebido por técnicas de fecundación asistida en relación con sus progenitores genéticos y la familia de éstos.
- El adoptado y el concebido por las técnicas de fecundación asistida, se equiparan al hijo consanguíneo para todos los efectos legales, incluyendo los impedimentos de matrimonio. Tanto el adoptado como el concebido por técnicas de fecundación asistida, tienen en la familia del progenitor o del o los adoptantes los mismos derechos, deberes y obligaciones del hijo consanguíneo.

DE LOS DONADORES

- La donación de óvulos y semen, será realizada por mayores de edad, que cuenten con capacidad de goce y ejercicio; además de ser voluntaria y sin finalidad de lucro y que se encuentren entre los 18 y 35 años de edad.

- Los donadores de esperma o de óvulos deberán de realizar previo a la donación una historia clínica con la necesidad de establecer datos de identificación, la cual será mantenida en anonimato.
- La donación podrá ser revocable por parte del donante cuando sobrevenga alguna causa de infertilidad; siempre y cuando éstos estén disponibles.
- Cuando se utilicen las técnicas de reproducción asistida para lograr la concepción en la pareja unida por matrimonio o por concubinato, deberá necesariamente entregarse el documento que establezca los generales del donador el que estará bajo resguardo del Registro Civil, anexo al acta de nacimiento correspondiente.
- Los establecimientos de salud deberán garantizar el anonimato del donante, guardarán su historia clínica, cuyas donaciones no perseguirán finalidad lucrativa. No se dará ningún tipo de información respecto del o de los donantes, salvo que los propios receptores o los concebidos por dicha donación así lo soliciten.
- Para los casos de inseminación heteróloga, el donante será elegido por un equipo médico especializado, buscando garantizar las máximas posibilidades de compatibilidad entre uno u ambos miembros de la pareja según sea el caso.
- En el supuesto de investigación de la paternidad en el empleo de técnicas de reproducción asistida, no originará consecuencias jurídicas para los donantes.

DEL CONSENTIMIENTO

- El consentimiento para la utilización de las técnicas de reproducción asistida es esencialmente revocable y personal con carácter previo a la concepción.
- Que solamente dicho consentimiento podrá ser revocado cuando uno de los miembros de la pareja así lo decida o cuando sobrevenga la disolución del vínculo matrimonial deberá prohibirse la utilización de embriones, óvulos o esperma o por

determinación de alguno de los miembros de la pareja, siempre y cuando dicha revocación se realice previa a la concepción (cónyuges o concubinos); por escrito y de manera indubitable, especificando la causa o motivo en que se basa su acción para revocar su consentimiento, presentándolo ante el médico responsable del tratamiento.

DE LA CONGELACIÓN DE EMBRIONES, ÓVULOS Y ESPERMA

- Se debe legislar sobre las condiciones para el congelamiento de gametos o embriones garantizando su integridad sobre las posibles manipulaciones que puedan llegar a sufrir.
- La congelación de embriones será decidida por la pareja quien podrá optar por transferir la totalidad de ellos con riesgo de tener un embarazo múltiple o dejarlos en congelación por un lapso no mayor de 5 años para su uso posterior, o en su caso, donarlos. En cualquiera de éstos es necesario contar con el consentimiento indubitable de ambos miembros de la pareja.
- Sólo se transferirán el número de embriones convenientes a juicio del médico especialista, para lograr el embarazo.
- En el caso de crío preservar embriones, la pareja en cada transferencia deberá expresar su consentimiento nuevamente, no admitiéndose el de la primera utilización.
- La denominada "clonación terapéutica" resulta ser una nueva oportunidad de vida, cuyo objetivo es la experimentación de células madre a través de la clonación para

crear órganos que puedan servir para trasplantes. Por lo que únicamente en este sentido se permita recurrir a la clonación.

- La Secretaría de Salud, quien establecerá organismos específicos cuyo fin será de proporcionar de manera adecuada la crío preservación de embriones, la congelación de óvulos y de esperma atendiendo las normas establecidas para tal efecto.

INSTITUCIÓN DE SALUD

- El empleo de las técnicas de reproducción asistida por las instituciones de salud deberá ser supervisada por la Secretaría de Salud a través de un cuerpo especializado; quién tendrá la obligación de vigilar y manifestar ante la autoridad competente cualquier tipo de manipulación de estas técnicas que resulten contrarias a la ley.
- Las instituciones de salud que realicen estas técnicas se registrarán por lo dispuesto en la Ley General de Salud y su Reglamento.
- Se deben prohibir expresamente la utilización de técnicas de clonación para la creación de seres humanos.
- Se debe prohibir expresamente los contratos en materia de maternidad subrogada. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición serán nulos.

5.2. - CONCLUSIONES

PRIMERA.- Hemos observado que la ciencia y los avances tecnológicos día a día muestran al mundo la posibilidad de nacimientos, producto ya no de una relación sexual sino que estos ámbitos adquieren preponderancia permitiendo la utilización de técnicas de reproducción asistida, originándose con ello un nuevo tipo de maternidad posible.

SEGUNDA.- Mientras no exista una adecuada regulación legal sobre estas formas de reproducción humana, que armonice con el concepto de persona, la protección de sus derechos fundamentales y de la familia como institución, los conflictos que puedan presentarse al respecto, dejarán en situaciones críticas los derechos e intereses del hijo.

TERCERA.- Esta situación crea nuevos y graves problemas, cuya solución debe buscarse en un ordenamiento normativo que satisfaga las necesidades de una realidad que lo desborda, imponiéndose como una exigencia vital una adecuada reforma que armonice con el concepto de persona, la protección de sus derechos fundamentales y principalmente de la familia como institución. Sin olvidar los valores éticos que aseguren la dignidad de la persona por nacer, dentro de un marco moralmente aceptable y socialmente deseable.

CUARTA.- Es necesaria la implantación de un cuerpo normativo en esta materia, que regule las circunstancias que puedan surgir en este campo.

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA.- La familia es considerada como el núcleo primordial y fundamental para proveer la satisfacción de necesidades básicas del hombre y sobre todo es aquí en donde el hombre encuentra respuesta a sus carencias, logrando un óptimo resultado en el proceso de crecimiento y desarrollo del ser humano a través de su existencia; por lo tanto, la familia se ha constituido basada en el amor como principio, el orden como base y el progreso como el fin.

SEGUNDA.- El hombre ha pasado por las siguientes fases o etapas de desarrollo: el salvajismo, la barbarie y la civilización; y se ha ido organizando de formas inferiores de vida a estructuras mas desarrolladas hasta llegar a una organización social definida que actualmente conocemos como el Estado.

TERCERA.- El Derecho Romano, Las Siete Partidas, El Derecho Justiniano, El Derecho Napoleónico, etc., han servido como fuentes a nuestro Derecho Mexicano.

CUARTA.- La familia es un grupo definido por una relación sexual lo suficientemente precisa y duradera para proveer a la procreación y crianza de los hijos, asimismo, la familia ejerce influencia en toda la vida de la sociedad y sus cambios repercuten a lo largo de la estructura social, pese al hecho de que es susceptible de infinitas variaciones revela una notable continuidad y permanencia a lo largo de sus transformaciones.

QUINTA.- Ha quedado establecido que la estructura familiar de las distintas culturas ha ido evolucionando, dejando a un lado la promiscuidad absoluta, hasta la conformación de un

sistema familiar monogámico, con excepción de algunos países musulmanes, originándose como consecuencia lazos de filiación por vía paterna y materna.

SEXTA.- Las formas legales de Constitución de la familia son: matrimonio, concubinato, filiación y parentesco.

SÉPTIMA.- El Derecho Familiar se establece como el conjunto de normas jurídicas tendientes a regular los estados familiares de las personas. Derivados de las relaciones matrimoniales y extramatrimoniales, así como sus efectos personales y patrimoniales.

OCTAVA.- La paternidad es el vínculo existente entre el padre o ascendiente con el hijo o descendiente, estableciendo derechos y obligaciones recíprocos.

NOVENA.- La filiación es: el vínculo que existe entre el hijo o descendiente con sus padres o ascendientes.

DÉCIMA.- El parentesco constituye el vínculo jurídico existente entre dos o más personas por lazos derivados de la consanguinidad; la afinidad generada por matrimonio o concubinato y por la adopción simple, denominado parentesco civil.

DÉCIMA PRIMERA.- Con las reformas del 25 de mayo de 2000, las pruebas de filiación de los hijos se aplican tanto a los hijos habidos dentro del matrimonio como los habidos fuera del mismo, puesto que la ley no establece distinción alguna de los derechos derivados por la filiación, cualquiera que sea su origen.

DÉCIMA SEGUNDA.- Los gobiernos nacionales se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de la infancia y han aceptado su responsabilidad ante la comunidad mundial por el cumplimiento de este compromiso basado en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, la convención sobre los derechos del niño está compuesta de una serie de normas y obligaciones aceptadas por todos, y no son negociables.

DÉCIMA TERCERA.- Hemos observado en la presente investigación, que con los avances de la medicina biogenética nuestra legislación necesita regular aspectos que la ciencia ha descubierto, pues nuestro marco jurídico es insuficiente puesto que no observa la realidad de los avances en la reproducción humana.

DÉCIMA CUARTA.- El Artículo 4º Constitucional establece el derecho a la libertad de procreación de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamento de sus hijos; lo cual implica el derecho a la libertad y responsabilidad e información compartida entre hombres y mujeres en el ejercicio de este derecho basados en la vida en común, incorporación de valores y principios familiares fundado en el amor y comprensión que debe de existir en la pareja humana.

DÉCIMA QUINTA.- La Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud relativo al capítulo IV, establece la normatividad referente a la investigación para la salud regulando cuestiones como mujeres en edad fértil, parto, puerperio, lactancia, recién nacidos, embriones, óbitos, fetos y fertilización asistida. Por su parte la Ley General de Población y su Reglamento, establece normas que procuran la planificación en los centros de población, estableciendo un control del crecimiento demográfico.

DÉCIMA SEXTA.- El Código Civil establece que los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos y permite emplear cualquier método de reproducción asistida, para lograr su descendencia.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Los métodos de reproducción asistida son aquellos recursos proporcionados por los adelantos de la biología para lograr de manera artificial la concepción. Generalmente estas técnicas son utilizadas por sujetos infértiles cuya utilización ha ido evolucionando a través del tiempo, originándose polémicas entre grupos civiles y religiosos.

DÉCIMA OCTAVA.- Dentro de la clasificación de los métodos de reproducción asistida tenemos: inseminación artificial homóloga u heteróloga, inseminación in vitro, maternidad subrogada y clonación.

DÉCIMA NOVENA.- Nuestra legislación no es clara al establecer que únicamente debe permitirse el empleo de los métodos de reproducción asistida a parejas unidas por matrimonio o concubinato; lo cual deja abierta la posibilidad de que éstas sean utilizadas por personas solteras, situación que resulta peligrosa a la institución de la familia.

VIGÉSIMA.- La utilización de las técnicas de reproducción ha originado una problemática eclesiástica, social, psicológica y sobre todo jurídica; es necesario establecer una serie de parámetros que vinculen las perspectivas y posibles soluciones en cada uno de estos campos, sin dejar a un lado los valores esenciales de todo ser humano como lo son, el respeto, la confianza, el amor, la honorabilidad, la identidad, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- I. Baquero Rojas, Edgard y Buenrostro Rosalía. "Derecho de Familia y Sucesiones". Editorial Harla. Cuarta Edición. México 1997.
- II. Berumen Campos, Jaime y Casas Avila, Leonora. "Revista de Investigación Clínica" Vol. 46 No 6. Departamento de Biología Molecular. Universidad Del Ejército y Fuerza Aérea, México 1994.
- III. Chávez Asencio, Manuel F. "La Familia en el Derecho". Editorial Porrúa, 4ª Edición. México 1997.
- IV. De Buen Demófilo. "Derecho Civil Español Común". Editorial Reus, Tercera Edición. Madrid 1979.
- V. Fernández Bula María Andrea. "Reproducción Asistida y Manipulación Genética" Editorial Amtea. Buenos Aires, Arg.
- VI. Floris Margadant S. Guillermo. "El Derecho Privado Romano". Editorial Esfinge. Edición XIX México 1993.
- VII. Floris Margadant, Guillermo. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". Editorial UNAM. México 1993.
- VIII. Fueyo Laneri Fernando. "Derecho de Familia". Volumen I Editorial Ariel. S/E. Santiago de Chile 1959.
- IX. Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil". Editorial Porrúa. Primera Edición. México 1972.
- X. Güitrón Fuentevilla, Julián. "Derecho de Familia". Editorial Promociones Jurídicas y Culturales, S.A. de C.V. S/E México 1972.
- XI. Ibarrola, Antonio de. "Derecho de Familia". Editorial Porrúa. Cuarta Edición. México 1996.
- XII. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM "El Impacto de las Nuevas Tecnologías Reproductivas en la Familia: Presente y Futuro". 1999.
- XIII. La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia. Editorial José M. Cajica Jr. Segunda Edición. Puebla, México 1971.
- XIV. León Feit, Pedro. "Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación Artificial en Seres Humanos. Interés Jurídico, Especialmente en la Filiación". Cuadernos de los Institutos Boletín 1963-III-IV No. 8 Córdoba, Rep. Argentina. 1967.

- XV. Loyarte, Dolores y Rotonda Adriana E. "Procreación Humana Artificial, Un Desafío Bioético" Ediciones De Palma 1995.
- XVI. Marx Y Engels, Federico. "El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado". Editorial Epoca. Quinta Edición. México 1979.
- XVII. Muriedas P., Isphording A. " Manual para el Ejercicio de los Derechos Reproductivos en México". (Leyes, Análisis Y Propuestas) Sipam. México. 1996
- XVIII. Navarro Santiago. C.M.F. Rvdo. P. "Problemas Médico-Morales". Editorial Coculsa. Madrid, 1954.
- XIX. Olavarrieta Marcela. "La Familia Hoy". Estudio Antropológico. Editorial U.N.E.D. Primera Edición. Madrid 1976.
- XX. Papa Pío XII. "Cuestiones Morales sobre El Matrimonio" Editorial Coculsa. Madrid, 1957.
- XXI. Pellón, Adela. "El Trabajo, la Mujer y la Familia". Editorial Uned. S/E. Madrid 1992.
- XXII. Recaséns Siches, Luis. "Sociología". Editorial Porrúa. Segunda Edición. México 1986.
- XXIII. Respeto a la Vida Humana y Dignidad de la Procreación.- Congregación para la Doctrina de la Fe. Ediciones Paulinas, S.A. De C.V. México.
- XXIV. Rivera, Julio César; Medina Graciela, "Los Destinatarios de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida" S/E. Editorial Reus. Madrid. 1998.
- XXV. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia". Volumen II, Editorial Porrúa. Quinta Edición. México 1980.
- XXVI. Rorvik David D. "A su Imagen el Niño Clónico, el Prodigioso caso de Reproducción no Sexual" S/E. Editorial Argos. Barcelona. 1978
- XXVII. Zannoni, Eduardo. "Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina, Proyecciones Jurídicas " S/E. Editorial Astrea, Buenos Aires.1990

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- I. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- II. Código Civil vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. 2002.
- III. Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. 2002.

- IV. Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.
- V. Ley General de Salud vigente.
- VI. Reglamento de la Ley General de Salud vigente.
- VII. Ley General de Población vigente.
- VIII. Reglamento de la Ley General de Población vigente.

OTRAS FUENTES

- I. Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- II. Periódico Ecos. 6ª Época. 6 diciembre 2001. Navarro Alfonso. "¿Qué Legislaciones nos cocinarán para la Clonación Humana?".
- III. Periódico "El Sol de México". Fecha lunes 27 de agosto de 2001. P.13/A
- IV. Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1995-2000, Secretaría de Salud, México, 1998.
- V. Proyecto de Recomendaciones de Expertos del Consejo de Europa de fecha 5 marzo De 1979.
- VI. Revista Times, enero y marzo de 1987. "Psychology Today; Whose Baby Am I?". diciembre 1994.
- VII. Semanario Judicial de la Federación, T. XXV.
- VIII. www.Artefinal.Com/Imer/Html
- IX. www.Clinicasdesalud.Com/Index.Html
- X. www.Esterilidad.Com/Mx/Reproducción/Index.Html
- XI. www.Paternidad.Filiación/Index.Html
- XII. www.Reproducción.Com.mx