

3084109
9



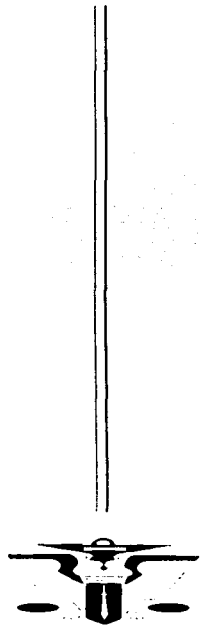
UNIVERSIDAD LATINA S.C.

CAMPUS SUR

"LA RELACIÓN PATERNO FILIAL EN EL
DERECHO FAMILIAR"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
DIANA IVONNE CASTAÑEDA RUIZ

ASESOR: LIC. MARTÍN MIRANDA BRITO



MÉXICO, D.F., 2003

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

PAGINACIÓN DISCONTINUA



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.
INCORPORADA A LA U.N.A.M.



Coyoacán México, 18 de Noviembre de 2002

C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
INCORPORACIÓN Y DE ESTUDIOS, UNAM
P R E S E N T E.

El C. CASTAÑEDA RUIZ DIANA IVONNE ha elaborado la tesis profesional titulada "La relación paterno-filial en el Derecho Familiar" bajo la dirección del Lic. MARTÍN MIRANDA BRITO, para obtener el Título de Licenciado en Derecho

El alumno ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE
"LUX VIA SAPIENTIAS"


LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO.
CAMPUS SUR

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

B

México D.F. a 29 de Noviembre de 2001

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA
LICENCIATURA EN DERECHO
UNIVERSIDAD LATINA S.C.
CAMPUS SUR
PRESENTE

Estimado Licenciado .

Por este conducto me permito manifestarle que la alumna DIANA IVONNE CASTAÑEDA RUIZ, ha elaborado su trabajo de tesis para titulación en la carrera de LICENCIADO EN DERECHO, bajo la asesoría del suscrito como profesor de ésta Universidad, y a mi juicio reúne los requisitos señalados por el Reglamento de Titulación de ésta II. Institución, razón por la cual pongo a su consideración dicho trabajo y en caso de no haber inconveniente y sea aprobada, le otorgue autorización a la alumna sustentante el trámite para concluir con su examen profesional.

Para lo anterior, adjunto a la presente un disquete que contiene el trabajo revisado por el suscrito con el título "LA RELACION PATERNO FILIAL EN EL DERECHO FAMILIAR", elaborado por la C. DIANA IVONNE CASTAÑEDA RUIZ.

Sin más por el momento, quedo atento de su comentarios.

~~ATENTAMENTE~~

~~LIC. MARTÍN MIRANDA BRITO~~

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

C

DEDICATORIAS

Dedico el presente trabajo de investigación:

A DIOS:

Primeramente por haberme dado el regalo de la vida y la oportunidad de seguir adelante con la tenacidad, paciencia y esfuerzo, en el camino de mi vida.

A MI MADRE:

Quien no ha tenido un reconocimiento material de su esfuerzo y amor hacia mí en el trayecto de mi vida estudiantil, pero que junto conmigo comparte este gran momento de mi vida como muchos otros. Por estar siempre junto a mí, por compartir triunfos y fracasos, penas y alegrías, por ser el centro de mi vida...GRACIAS (Te adoro).

A MI ASESOR:

El Lic. Martín Miranda Brito, a quien le tengo un profundo respeto y admiración desde los inicios de mi carrera profesional y a quien le agradezco infinitamente el haber aceptado llevarme de la mano en este trabajo de investigación, el cual sin duda será el más importante de mi vida...GRACIAS MAESTRO.

A MI ABUELLA TRINIDAD:

Por aconsejarme sabiamente en todos y cada uno de los instantes de mi vida, por haberme dado a la madre más maravillosa del mundo, porque eres el centro más tierno y fuerte de mi familia, por ser como mi segunda madre...GRACIAS.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

D

DEDICATORIAS

Dedico el presente trabajo de investigación:

A DIOS:

Primeramente por haberme dado el regalo de la vida y la oportunidad de seguir adelante con la tenacidad, paciencia y esfuerzo, en el camino de mi vida.

A MI MADRE:

Quien no ha tenido un reconocimiento material de su esfuerzo y amor hacia mí en el trayecto de mi vida estudiantil, pero que junto conmigo comparte este gran momento de mi vida como muchos otros. Por estar siempre junto a mí, por compartir triunfos y fracasos, penas y alegrías, por ser el centro de mi vida...GRACIAS (Te adoro).

A MI ASESOR:

El Lic. Martín Miranda Brito, a quien le tengo un profundo respeto y admiración desde los inicios de mi carrera profesional y a quien le agradezco infinitamente el haber aceptado llevarme de la mano en este trabajo de investigación, el cual sin duda será el más importante de mi vida...GRACIAS MAESTRO.

A MI ABUELA TRINIDAD:

Por aconsejarme sabiamente en todos y cada uno de los instantes de mi vida, por haberme dado a la madre más maravillosa del mundo, porque eres el centro más tierno y fuerte de mi familia, por ser como mi segunda madre...GRACIAS.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

E

A MI PAPA:

Porque aunque no compartimos juntos muchas cosas, siempre estuviste presente en mi pensamiento y corazón toda mi vida. Te quiero.

A DULCE Y VICKY:

Por haber sido como mis hermanas, por compartir toda una vida juntas, por el apoyo físico, moral y económico en los tiempos difíciles...GRACIAS.

A MIS AMIGOS DE LA CARRERA:

(Mariana, Miriam, Yerieka, Karla, Adolfo y Ricardo)

Quiénes en el transcurso de cinco largos años compartimos secretos, risas, angustias, tristezas, amor y sobre todo uno de los sentimientos más puros del mundo...LA AMISTAD.

A MIS AMIGOS:

(En general)

Por compartir años de lealtad, de anécdotas, de risas, de ilusiones, por compartir juntos nuestros cambios en el transcurso del tiempo y aceptarnos tal y como somos...GRACIAS.

A LOS QUE TAMBIEN SON IMPORTANTES:

* Por no detenerme para que alcanzara mis anhelos, por haberme dado la libertad para superarme y aunque al principio fue difícil de entender, hoy solo puedo decirte...GRACIAS, NUNCA TE OLVIDARE.

† Por enseñarme que siempre hay una segunda oportunidad de ser feliz, por haber compartido momentos de mi vida tan importantes y bellos, porque el tiempo es oro y compartirlo con quien amamos es darle su perfecto uso y por haberme hecho una mujer mejor...GRACIAS.

A LA UNIVERSIDAD LATINA:

Por abrirme sus puertas y haberme dado la oportunidad de superarme, por su empeño para convertirme en profesional...CON CARISO.

F

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La Relación Paterno Filial en el Derecho Familiar
Índice

Introducción

CAPITULO I
ANTECEDENTES DE PATERNIDAD Y FILIACIÓN

1.1 Familia (antecedentes y naturaleza jurídica)	pág. 1
1.1.1 Naturaleza Jurídica del Derecho de Familia	pág. 14
1.2 Parentesco	pág. 15
1.2.1 Especies de parentesco	pág. 17
1.3 Antecedentes históricos de filiación	pág. 22
1.4 Filiación en Sentido amplio y en Sentido estricto	pág. 24

CAPITULO II
TIPOS DE FILIACIÓN

2.1 Filiación de hecho y de derecho	pág. 27
2.2 Filiación indivisible y dividida	pág. 30
2.3 Filiación matrimonial y extramatrimonial	pág. 31
2.4 Filiación adoptiva	pág. 33
2.5 Investigación de la filiación	pág. 34
2.5.1 Procedimiento para la prueba de filiación (Acción para la investigación de la paternidad)	pág. 41
2.6 Tipos de hijos	
2.6.1 Hijos de matrimonio	pág. 49
2.6.2 Hijos nacidos fuera de matrimonio	pág. 50

9

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

2.6.3 Hijos adoptado	pág. 52
2.6.4 Hijos incestuosos	pág. 53
2.6.5 Hijos adulterinos	pág. 54

CAPITULO III PATERNIDAD

3.1 Presunción de Paternidad	pág. 58
3.2 Plazos para la Paternidad	pág. 59
3.3 Conflictos de Paternidad	pág. 61
3.4 Acciones de Paternidad	pág. 62
3.4.1 Acción de desconocimiento de Paternidad	pág. 63
3.5 Reconocimiento de Paternidad	pág. 66

CAPITULO IV FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA

4.1 Progreso Científico en materia de reproducción humana y su trascendencia en el Derecho Familiar	pág. 71
4.2 Legislación comparada	pág. 75
4.3 Nuevas formas de fecundación	pág. 78
4.3.1 Fecundación in vivo	pág. 80
4.3.2 Fecundación in vitro	pág. 83
4.3.3 Clonación	pág. 88
4.4 Maternidad Subrogada (Arrendamiento de vientre y sus consecuencias en el Derecho Familiar)	pág. 93
4.5 Consecuencias jurídicas del Criolmacenamiento dentro del Derecho Familiar	pág. 98

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.5.1 Inseminación Post Mortem	pág. 101
4.6 Control natal	pág. 104

CAPITULO V

APLICACIÓN DEL DERECHO EN LAS DIVERSAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN

5.1 Inseminación y fecundación artificial en el matrimonio	pag. 111
5.2 Aspecto legal de la inseminación artificial	pág. 115

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

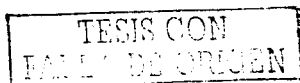
I

INTRODUCCIÓN

La palabra "Familia" es muy común escucharla en cualquier grupo social, es un elemento sin el cual una sociedad por más pequeña que sea no podría existir, todo el género humano proviene de una familia distinta. Sin embargo ¿Qué tanto conocemos realmente de la familia? No de nuestra familia; sino de la familia en general, de sus antecedentes, de sus cambios, de su importancia para el Derecho y cual es el trato que ésta recibe de aquél. Es por esta razón que elegí al Derecho Familiar como la materia idónea para este trabajo de investigación; enfocándome al tema de la relación paterno filial en virtud de todos aquellos acontecimientos que en la actualidad suceden como las nuevas formas de reproducción humana donde el derecho interviene.

El Derecho siempre debe de estar a la vanguardia; es decir, actualizado respecto de aquellos cambios que vayan generándose dentro de la sociedad en la que vivimos, a fin de que pueda resolver algún conflicto o bien alguna duda sobre cualquier tema de la mejor forma posible para seguir guardando un equilibrio y una armonía dentro de esa sociedad.

Podemos decir también que nuestro sistema jurídico es muy espléndido, ya que podemos encontrarnos una gran cantidad de legislaciones que regulan una infinidad de materias, contamos también con reglamentos de todas y cada una de esas legislaciones, por lo tanto podemos observar que nuestro sistema jurídico busca por cualquier medio lograr el equilibrio dentro de la sociedad. También podríamos decir que nuestro sistema es muy basto en cuanto a sus leyes, ya que para casi todos los actos tiene un ordenamiento legal que los va a regular. Empero creo que el legislador se ha olvidado de una Instrucción que es tan importante como lo es la Ley Fiscal, el Código Civil, Penal, etc., me refiero a la familia, obviamente con su diferencia bien marcada respecto de las legislaciones mencionadas con anterioridad, desgraciadamente la familia solamente se encuentra contemplada en un capítulo de nuestra legislación civil, debería de contar con un ordenamiento propio que regulara todas las relaciones, actos y demás sucesos que tienen lugar dentro de ella.



Es cierto que no podríamos olvidarnos de la materia Civil de crearse una legislación para el Derecho Familiar, y en mi particular punto de vista el Código Civil debería tomarse como una legislación supletoria, así mismo la legislación General de Salud; ya que ésta también se vincularía en algunos aspectos.

Las nuevas formas de reproducción humana pueden suscitar conflictos en materia de filiación; ya que como más adelante veremos en este trabajo de investigación, hay autores que manifiestan que la filiación se adquiere ya sea por el nacimiento como es en el caso de la mujer, o bien por el reconocimiento como es en el caso para el varón. Impero, visto desde esta perspectiva quizá no ocasionaría mayor problema; pero cuando nos encontramos frente a la maternidad subrogada, con donación de elemento femenino extraño, estamos ante un conflicto por resolver ya que debe establecerse la filiación respecto del hijo a alguna de las mujeres quienes por llamarlas de alguna forma son el instrumento para poder lograr la concepción; es decir, ¿la filiación debe de atribuirse a la mujer quien dona su óvulo para que posteriormente sea fecundado con el espermatozoide, a la mujer quien lleva a término la gestación o a aquella mujer quien desea hacerse cargo del hijo y cumplir con todas las obligaciones y derechos que la ley le atribuye?

Por otra parte uno de los temas abordados en este trabajo de investigación es la prueba con la que se acredita la filiación; y la cual es generalmente solicitada por el presunto padre a quien se le pretende atribuir una paternidad con un hijo, también en ese aspecto, la ciencia ha logrado grandes avances que permiten saber con certeza si un hombre determinado ha sido el causante del embarazo de una mujer, y de esta manera atribuirle la paternidad que le corresponde a fin de que cumplimente las obligaciones y los derechos que le son atribuidos por la ley.

Otro de los temas que abordamos en este trabajo es el referido al control natal, el cual es regulado por el derecho, ya que incluso nuestra máxima ley en su artículo cuarto nos manifiesta el derecho que tenemos de procrear, y la Ley General de Salud a su vez norma la planificación familiar

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Un aspecto del cual hablaremos mas adelante es el de la insuficiente reglamentación de la fertilización asistida con la cual el legislador pretende regular dichos actos, empero la legislación en este caso la Ley General de Salud, es tan escueta en este tema que ni siquiera contempla a la maternidad subrogada ni la inseminación post mortem; por lo anterior se hace necesario la creación de una legislación que contemple a todas estas formas de reproducción humana.

El presente trabajo de investigación tiene por objeto el de proponer una legislación en materia del Derecho Familiar que contemple a todas las figuras jurídicas de esta rama del derecho, además de incluir en ella a las nuevas formas de reproducción humana y su trascendencia en el derecho, en especial del Derecho Familiar a fin de resolver las controversias que pudieran suscitarse en relación a estas prácticas con base a una ley que haya sido creada específicamente para la materia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO I ANTECEDENTES DE PATERNIDAD Y FILIACION

1.1 Familia (antecedentes históricos y naturaleza jurídica)

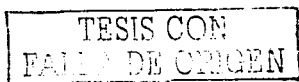
Familia es una palabra que podría parecer simple, al referirnos a ella pensamos en nuestros parientes más cercanos: los ascendientes, descendientes y colaterales; no ahondamos más en lo que la palabra familia significa, sin embargo siendo una institución tan importante no se le ha dado la importancia debida, por que es la base de toda sociedad y del Estado.

Cuando hay algún suceso que le afecta al individuo, afecta también a la familia a la sociedad y al Estado, toda vez que entre los elementos anteriores existe una relación estrecha, si analizamos que un Estado se constituye para un bienestar social, la familia es la base de esa sociedad a quién servirá el Estado y la familia se ha creado desde que el hombre existe, toda vez que para constituirse un Estado, debe de existir anteriormente una sociedad y la base de ese núcleo es la familia.

"La importancia del derecho de familia es indiscutible, ya que es la piedra angular de toda sociedad en la que inciden normas jurídicas de derecho público y privado. Es el origen y germen de toda asociación e inclusive de todo gobierno. Es una institución creada por Dios y regida por sus leyes y por la de los hombres, a la que debe respetarse como el instrumento más sólido de sobre vivencia del hombre mismo."¹

Elias Azar establece que la familia es la base de la sociedad, del derecho y del gobierno, la cual debe de ser sentada en bases firmes, las cuales constituyen familias bien establecidas, así mismo el jurista ve a la familia desde un punto de vista deísta, observando a la familia como una institución que es creada por Dios, un ser supremo que ha creado tanto al hombre como a la naturaleza y que por lo tanto esta regido por las leyes que éste le ha

¹ ELIAS AZAR, *Edgar Personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano* Porrua 2ª ed Mexico 1997 pag 1.



impuesto (lo que serían los diez mandamientos), así mismo se observa que viviendo el hombre en sociedad, debe acatar las normas que la misma le establece como obligatorias.

Se observa a la familia como una pequeña sociedad, inmersa en una gran sociedad y el núcleo (familia) tiene sus bases en el amor, la confianza, la solidaridad y la comunicación, de tal manera que el hombre adquirirá su personalidad de acuerdo a los principios, sentimientos y costumbres que haya visto en aquella. Si en su familia, existió falta de comunicación, amor, confianza, etc., el hombre no tendrá el comportamiento de alguien que haya vivido con los elementos anteriores, lo cual se reflejará en la sociedad.

Por lo que hace a los antecedentes de familia, el jurista Antonio de Ibarrola lo ubica desde "el grupo de los famuli", palabra que procede del hocco famel. Los fámulos son aquellas personas que habitan con el señor de la casa, entendiéndose a la mujer, a los hijos (tanto a los legítimos como a los adoptivos) y a los esclavos domésticos, por lo tanto el citado autor nombra como familia a todas esas personas.

En el Derecho Romano, la familia sufrió muchos cambios, por ejemplo en la llamada época clásica, familia era el conjunto de personas integrado por el paterfamilias y las personas libres sometidas a su potestad, o sea eran los agnados salidos de la misma casa y que estaban bajo el mando de un jefe de familia único.

También se le llamaba familia al conjunto de esclavos que dependían de un mismo dueño o pater familias; es decir, que la familia en un sentido material no solamente estaba conformada por personas a las cuales las ligara un parentesco, sino también a la totalidad de una masa patrimonial que le pertenecía a una persona.

Dentro de la familia romana había dos clasificaciones, la primera llamada primitiva, en la cual todas las personas que integraban a la familia estaban sometidas a la autoridad de un jefe; en este tipo de clasificación la esposa era considerada in manu; es decir, que se consideraba como hija, este tipo de familia primitiva fue totalmente patriarcal y el padre era

¹ IBARROLA, Antonio de *Derecho de Familia* (Borúa 3) ed. México 1981 pag. 2

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

considerado como un dueño absoluto de las personas y de las cosas y por supuesto la mujer no tenía ninguna función importante. En lo que hace a una segunda clasificación, menos rígida que la primitiva, consideraba a la familia como aquellas personas que estaban unidas por un parentesco civil o agnático.

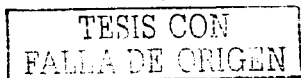
Para concluir con la familia romana como lo dice el autor Floris Margadant,³ a continuación se establecerán las diferencias y similitudes entre el derecho de familia romano con el moderno.

La tradicional agnatio del derecho romano constituye una base muy distinta a la del parentesco mixto del derecho moderno.

La similitud entre familia romana y una pequeña entidad política crea una naturalización doméstica como es la "conventio in manum", la cual en el derecho moderno ya no se conoce. En Roma se habla de un poder que tiene una persona sobre bienes e individuos y el matrimonio es una institución que contempla el poder que tenía un romano sobre su mujer. Una mujer podía entrar en la familia de su marido in manu; es decir con la calidad de hija. Sin embargo relacionado con lo anterior, la mujer que se encontraba tutelada por otra persona y cuando esa tutela era muy desagradable podía hacer uso de la figura jurídica conventio in manum, la cual yo la definiría como una conversión, como un cambio de la mujer, de su familia de origen a la familia de su esposo; la que sería su nueva familia. Se decía que la conventio in manum, se perfeccionaba con el matrimonio, pero también podía establecerse de una forma independiente, la cual era de tres formas:

* Cuando existía un matrimonio y los cónyuges debían comer un trozo de pastel de trigo en presencia de un flamen de Júpiter y el matrimonio se celebraba de la forma confarreatio, aquí el rito no era tanto por el matrimonio; sino por la conventio in manum.

³ MARGADANT S., Guillermo F. *Derecho Romano* Editorial Usigma 25^o ed. México 2000, pag. 225



* Cuando en un acto formal intervenían los dos pater familias (el de origen de la mujer y el nuevo), éste acto es mejor conocido como una co-emptio, podría equipararse a la compra venta de la mujer.

* Por medio del usus: es decir, la convivencia de la esposa ininterrumpidamente con su marido en el último año y por lo tanto su nacionalidad doméstica también cambia, pero necesitaba para hacer esta conversión el consentimiento del pater familias o tutor de la mujer.

La división entre romanos sui iuris, las cuales dentro del Derecho de aquella época eran las personas independientes: es decir, que eran libres de toda autoridad y los alieni iuris que eran aquellos quienes estaban sometidos a la autoridad de otro da lugar a una duplicidad entre adopción y adrogación, en el derecho moderno no tiene ya sentido.

El derecho romano no admite el reconocimiento de hijos ilegítimos, por lo que era necesario recurrir a la legitimación.

El derecho romano imperial, castigó de diversas formas, durante varios siglos la soltería y falta de hijos.

El derecho moderno ya no reconoce la tutela de mujeres mayores de edad.

La mayoría de edad comienza en nuestro derecho, a los dieciocho años, sin embargo en Roma iniciaba hasta los veinticinco y entre la pubertad y la mayoría de edad existía una curatela facultativa.

Para poder entender más las figuras jurídicas del Derecho Romano en cuanto a parentesco se refiere, procederemos a dar una explicación más amplia en cuanto a la agnación y la cognación en Roma, según el autor Eugène Petit, en su libro Derecho Romano⁴.

La cognatio es aquél parentesco que unía a las personas que eran ascendientes o descendientes en línea directa: es decir, que debían de proceder de un mismo tronco o

⁴ PEIT, Eugène *Derecho Romano* Porrúa 12ª Ed. Mexico 1995 pag 100



estos llegasen a tener una hija y esta se casara, los hijos que tuviera estarían dentro de la familia de su marido que es el padre, de tal manera que se encontrarían dentro de la familia de su padre y no de su madre, por lo tanto es obvio que la mujer quedaba totalmente excluida de formar este tipo de parentesco.

Por lo anterior podemos presumir que el parentesco en la Roma antigua era muy arbitrario, si bien es cierto que tenían mucho orden en sus instituciones las cuales estaban debidamente formadas, en la familia en cuanto al parentesco se refiere eran demasiado inflexibles, toda vez que el parentesco por agnación debería producir los mismos efectos para la cognación, además de que también el papel de la mujer en Roma era muy importante, porque sin ésta no podía existir, ni preservarse la familia a la que los romanos daban un trato muy especial, sin embargo la mujer en Roma ni siquiera por el papel tan fundamental que tenía en la familia, podía constituir un parentesco civil.

La familia ha sufrido cambios importantes a lo largo de su historia y de hecho antes no se pensaba en una historia de familia, ¿por qué?, la respuesta es porque nadie se había ocupado de ella, ya que el hecho de que existiera la monogamia, la poligamia y la poliandria; hacía todavía más difícil realizar un estudio a fondo para saber cuál era el génesis de la familia.

“En 1861, Bachofen, publicó su obra el Derecho Materno, en la cual se elaboró la siguiente tesis familiar:

- A) Los seres humanos vivieron primitivamente en la promiscuidad sexual época a la cual se le denominó heterismo, y se produjo una gran incertidumbre sobre la paternidad.
- B) Por lo anterior, las madres eran respetadas y apreciadas, produciendo el dominio absoluto de la mujer; es decir, se convierte a la comunidad en ginecoerótica.
- C) “Más tarde, la familia evoluciona hacia la monogamia, en la que la mujer pertenece a un solo hombre”.

El autor anterior hace una pequeña clasificación por etapas, sobre las cuales la familia ha ido evolucionando, y por lo visto con anterioridad, en un tiempo no solamente fue el hombre

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

quien tenía el dominio de una familia, ya que alguna vez en la historia de la mujer fue respetada y apreciada, creando comunidades ginecoocráticas, pero esta situación no duraría mucho ya que con la lucha de la mujer por pertenecer a un solo hombre, acabaría con su dominio en la familia.

Ahora bien, Elías Azar en su obra personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano clasifica a la familia en dos etapas:

I.- El salvajismo:

- A) Se habla de un status inferior, en el cual se sitúa al hombre en los árboles y en convivencia con animales salvajes.
- B) En el status medio, se sitúa al hombre con su vida en el mar.
- C) En el status superior, el hombre desarrolla sus facultades mentales inventando el arco y la flecha.

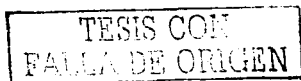
II.- La segunda etapa es la Barbarie en la cual también se sitúan tres estadios:

- A) Por lo que hace al inferior, el hombre usa la alfarería, la arcilla, etc.
- B) En lo que se refiere al medio, el hombre domestica animales y cultiva hortalizas.
- C) Y por último el superior, el hombre funde minerales e inventa la escritura alfabética⁷.

Sin embargo la familia no solamente se desarrolló en las diferentes etapas, sino que también transitó por los diferentes periodos que a continuación mencionaremos:

I.- El primero fue el periodo de la promiscuidad sexual; donde la familia no se fundaba en relaciones individuales, sino colectivas, estas relaciones eran la forma de organización de la familia, estas existían entre los miembros de la tribu, lo anterior producía ginecoocracias o matriarcados, de tal manera que se sabía quien era la madre pero se desconocía quien era el padre.

II.- En la segunda etapa se dieron las relaciones incestuosas, ya que tal vez por las guerras, la carencia de mujeres y otras circunstancias crearon la etapa de consanguinidad, esta se



caracteriza porque los varones sostenían relaciones sexuales con ascendientes, descendientes y colaterales, situación que provocó problemas genéticos graves, por las relaciones consanguíneas directas.

III.- En la tercera etapa, existió la familia punalúa, "que significa compañero íntimo"⁸ en la cual se prohíben las relaciones incestuosas:

"se excluyen a los hermanos y hermanas del comercio sexual y aparece un tipo de matrimonio por grupos. Una serie de hermanos; es decir, de hombres pertenecientes a una misma familia e incluyendo primos en segundo a tercer grado eran esposos comunes. Estaban excluidos sus propios hermanos y demás miembros de la misma generación dentro de la familia"⁹.

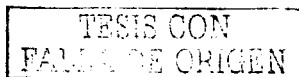
IV.- La cuarta etapa conocida como familia sindiásmica, la cual constituye un antecedente más cercano a la familia monogámica, o sea que al ir creciendo el número de mujeres que eran hermanas y que por lo mencionado anteriormente tenían prohibido sostener relaciones sexuales con hermanos, se produce este tipo de familia, la cual se caracteriza porque el hombre vivía por un corto tiempo con una sola mujer, sin embargo el conserva su derecho a la poligamia, mientras que la mujer era obligada a guardar absoluta fidelidad, ya que al faltar a dicha obligación la mujer era castigada severamente. Este tipo de familia se define como "aquella basada en la exclusividad de la relación de una sola mujer con un solo hombre, teniendo éste el derecho de vivir en poligamia y el de repudiar a la mujer"¹⁰. Cabe notar que el vivir de esta forma era característica de los pueblos bárbaros ya que en la civilización la forma de tener una familia es la monogamia.

V.- En la quinta etapa, debido al constante esfuerzo de la mujer de pertenecer a un solo hombre, se dio lo que conocemos como familia monogámica, lo cual es más civilizado. La característica es la relación permanente de un hombre con una mujer y se dice que este es el único sistema familiar que impone un orden sexual, moral y patrimonial en la vida de las personas y en consecuencia de la sociedad. Esta forma de vida descansa sobre dos elementos

⁸ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil, Familia*. Porrúa, México. Pág. 6

⁹ CHAVIZ ASCENCIO, Manuel. *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paternofiliales*. Porrúa 1^o. Ed. México 1984. pag. 72

¹⁰ ELIAS AZAR, Edgardo



fundamentales, el primero que es la libertad amplia de los esposos para sostener relaciones sexuales, y el segundo el derecho que tienen los mismos para sostener las anteriores en una forma exclusiva con el otro.

El sistema monogámico del que hablamos tiene consecuencias muy variadas, ya que si hablamos en la actualidad, en el campo de la educación, ambos padres comparten una gran responsabilidad que es la de educar a sus hijos, sin dejar a un lado el aspecto religioso en el cual se le transmitirán las ideas y las convicciones naturales, sin embargo en el ámbito social, existe una obligación que es la de cuidarse entre ellos mismos, proporcionarse ayuda mutua y protección y por último lo que al aspecto patrimonial se refiere tanto al hombre como a la mujer se les otorga el derecho de repartir su patrimonio con justicia y de ser posible multiplicarlo, para satisfacción de sus necesidades.

De acuerdo con lo anterior es necesario pasar a lo que es el concepto de familia, para lo cual es necesario citar a algunos autores los cuales ofrecen definiciones de familia tales como son:

Méndez Costa y Hugo D'Antonio ofrecen una doble definición: Familia institución y Familia parentesco. La primera se compone del grupo primario formado por el padre, la madre y los hijos no emancipados por el matrimonio, se habla de un sometimiento a la autoridad. Por lo que respecta a la segunda, es el grupo constituido por parientes legítimos sin la presencia de los elementos anteriores, de naturaleza institucional¹¹.

Cicu, en su obra *Derecho de Familia* la define como el conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad¹².

Borda en su *Tratado de Derecho Civil*, al igual que otros juristas ofrece una doble definición, en sentido estricto dice que la familia esta constituida por el padre, la madre y los

¹¹ MENDIZ COSTA, María Josefa y D'Antonio, Hugo. *Derecho de Familia*, Editorial Santa Fe, 1° Ed. Argentina 1984, pag. 19.
¹² CICU, Antonio. *El Derecho de Familia* Editorial Edear S.A. Argentina 1947, pag. 109.

hijos que viven bajo un mismo techo; y en sentido amplio, repite lo señalado con anterioridad porque incluye a los parientes cercanos que procedan de un mismo tronco o que tienen otro techo o vínculo de afinidad.

Díaz de Guíjarro, en su libro *Tratado de Derecho de Familia*, la define como la institución social, permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación.

Sin embargo Galindo Garfias en su *Primer curso de derecho civil* toma en cuenta al Maestro Cabanellas, quien ofrece múltiples definiciones de familia, ya que éste ve a la institución desde diferentes puntos de vista, tales como son:

Familia adoptiva.- Se constituye por los adoptantes y el adoptado, extendiéndose a los hermanos adoptivos y a los descendientes del prohijado (es decir, al hijo adoptivo).

Familia consular.- En Roma, era la que había tenido un cónsul, jefe de Estado entre sus miembros lo cual como es de suponerse le concedía un rango social destacado.

Familia de diplomático.- En este tipo de familia, los miembros de familia de un agente diplomático gozaban también de inmunidades y de privilegios siempre y cuando formaran parte de su casa.

Familia de naciones.- Se le llama al conjunto de pueblos con unidad o afinidad histórica, geográfica, étnica, cultural o religiosa, etc.

Familia de origen.- Este tipo de familia se deslinda en los casos de adopción naturalmente la procedencia natural del adoptado, es decir la familia o mejor dicho el vientre materno que lo procreó, sin

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

embargo la nueva familia del adoptado, es decir, la familia adoptiva es la única en su caso que tendrá eficacia para él.

Familia de plantación.- En la época colonial inglesa, eran los hogares constituidos en plena selva, cuya roturación y cultivo iniciaban, siguiendo por lo general el curso de los grandes ríos, originaron una aristocracia agrícola en las grandes extensiones de algodón y de tabaco.

Familia empadronada.- Es aquella que en los censos constituye un solo hogar o familia, la cual está integrada por parientes que viven bajo el mismo techo, sean consanguíneos o afines y en ocasiones personas de especial afecto.

Familia estricta.- Son los cónyuges y sus hijos, especialmente cuando estos están solteros y viven en la casa de sus padres.

Familia extensa.- Es la llamada familia de familias, o bien el grupo de diferentes familias las cuales están emparentadas entre sí unas con otras.

Familia ilegítima.- Es la que ha procreado un hijo ilegítimo, esta exige por lo menos tres personas, los amantes y el hijo.

Familia laboral.- Es el grupo de personas a las cuales las une un parentesco hasta determinado grado, las cuales realizan trabajos dentro o fuera de la comunidad doméstica.

Familia matriareal.- Este tipo de familia le concedía el dominio exclusivo a la mujer.

TESIS CON
FAMILIA DE ORIGEN

Familia natural.- Se da en el concubinato, es decir, cuando en la unión libre se da la gestación y por lo tanto cualquier grupo de personas compuesto por sus padres cuando estos aún no han celebrado un contrato de matrimonio, tienen descendencia.

Familia numerosa.- Es aquella que esta constituida por un matrimonio o el cónyuge superviviente y muchos hijos, sobre todo si éstos están solteros y viven en la casa de sus padres.

Familia patriarcal.- En la Roma antigua, era la organización doméstica y social basada en la autoridad del varón más viejo de la familia, de tal forma que inclusive los casados con descendencia, los hijos de éstos y aún los ancianos estaban bajo la potestad del patriarca.

Familia pontifical.- Se da en la casa del Papa en la actualidad, y es compuesta por lo general por sus parientes colaterales y diversos servidores de confianza.

Familia Real.- En los regímenes de la monarquía, la integraba el consorte regio, los hijos y los descendientes, ascendientes y colaterales inmediatos del monarca.

Familia rural.- Es también llamada campesina y está integrada por el conjunto de personas unidas por vínculos de sangre o de parentesco de afinidad y que tienen en común el trabajo agrícola.

Familia rústica.- En Roma, era la totalidad de esclavos que vivían en el campo y lo trabajaban para beneficio del dueño.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Familia típica.- Es la más frecuente en la actualidad y esta compuesta por los cónyuges con dos hijos especialmente si cada uno de ellos es de sexo diferente¹¹.

Analizando las definiciones anteriores, resulta que todas tienen un mismo común denominador, que es el parentesco, ya que no es posible llamar familia a un grupo de personas que no estén unidas por un lazo de sangre o de afinidad, quizá jurídico como en la adopción; en todo caso sería un grupo social, dentro del cual se llevan a cabo diferentes actividades de convivencia humana.

Familia en mi particular visión, es el conjunto de personas que están unidas por un parentesco consanguíneo, de afinidad o jurídico, y aunque cada uno de los miembros de una familia tenga su propia descendencia, y por lo tanto su propia familia, el parentesco que los une con su tronco común seguirá existiendo, no importando el grado de parentesco que los una siempre y cuando provengan de los mismos antepasados y haya dentro de ese conjunto multi personal una convivencia humana, muchas veces semejante a la convivencia social, ya que ese conjunto de personas llamada familia, impone también sus propias normas y costumbres las cuales son obligatorias como en la sociedad.

Es importante resaltar que, lo que algunos autores quieren reflejar en la familia es: el amor, el sentido de la comunicación, la confianza y la solidaridad, aunque son temas raramente tratados en el derecho, sí reflejan mucho en la sociedad, como lo mencionábamos con anterioridad, la familia es la base de la sociedad en la que vivimos, y por lo tanto si queremos una sociedad mejor en la que no exista inseguridad, delincuencia, etc., debemos de formar familias estables con valores y principios de alta calidad moral, con buenas costumbres; el realizar esto no es fácil, es un reto que debemos alcanzar si queremos una vida y una sociedad mejor.

¹¹ GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Primer curso de Derecho Civil*. Porrúa México 1995, pag. 117

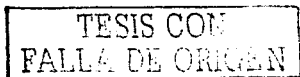
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1.1.1 Naturaleza jurídica del derecho de familia

En lo que hace a la naturaleza jurídica del Derecho de Familia, han surgido controversias para saber si su regulación pertenece al Derecho público o privado, sin embargo la teoría que divide a estos dos derechos se ha ido superando cada vez más y va siendo relegada por los juristas. El problema estriba en que si se considera que los derechos privados son aquellos que solo afectan a los intereses de los particulares y por lo tanto no afectan los intereses sociales, y que el derecho público en consecuencia si afecta a los intereses de la colectividad, ya que este tipo de derecho tiene que ver con el Estado porque regula su organización y su buen funcionamiento, se está en una difícil situación para ubicar el Derecho de Familia.

Si bien es cierto como lo dice Elías Azar en *Personas y Bienes en el Derecho Civil Mexicano* "las relaciones familiares están principalmente regidas por los códigos civiles, lo cual no significa que deba pertenecer al derecho privado"¹¹, aquí el autor hace una buena reflexión del porqué no siempre aunque esté en códigos civiles tiene el carácter de privado, y se sitúa como ejemplo para hacer más específica dicha reflexión, el matrimonio, el cual en sí, representa algo muy privado y de eso no cabe la menor duda, porque se basa en sentimientos y decisiones muy personales, pero digamos que en la disolución del vínculo matrimonial se necesita de un poder público, el cual en su actuar debe observar una serie de normas y solemnidades para su intervención, que por citar otro ejemplo dentro del mismo, la obligación de darse alimentos o inclusive las relaciones paterno filiales no pueden ser modificadas por alguno de los cónyuges, de tal modo que el Ministerio Público, resguardará y representará los intereses de los menores y de la sociedad en los cuales estos intereses estén en juego y por lo tanto es quien verificará que las obligaciones derivadas de las relaciones paterno filiales sean cumplidas correctamente.

¹¹ ELÍAS AZAR, Edgar Op. Cit. Pág. 13



Sin embargo hay quienes dicen como el Maestro Ibarrola que "si no forma parte del derecho público ni del derecho privado, debe crearse una tercera clasificación en donde tuviese cabida el derecho familiar"¹⁵.

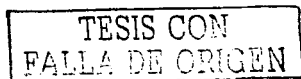
Razón que sería la correcta, si bien es cierto, la teoría que separa al derecho Público del Privado está desapareciendo cada día, sería una buena opción tener una rama del derecho que fuera autónoma en la cual se situara al derecho familiar y que tuviera como característica una intersección o confluencia del derecho público y privado. De tal manera que debía de establecerse esa llamada tercera clasificación a fin de contemplar el derecho de familia, como una institución que genera obligaciones entre particulares, pero en la que también el Estado tiene un interés a través de sus órganos por medio de sus autoridades cuando obliga a una persona a cumplimentar sus obligaciones derivadas de las relaciones jurídicas familiares. De tal suerte que al quedar la familia establecida en una clasificación independiente, quedaría protegida tanto por el derecho público como por el privado.

También se dice que al derecho de familia se le debería incluir en un Derecho Social, lo cual no podría ser porque las características del derecho social son aquellas que se refieren específicamente a ciertos grupos bien definidos como lo son los obreros, los campesinos, etc. Pero no podemos situar a la familia dentro de un núcleo social específico, ya que sería al contrario, por que podemos decir que la familia se encuentra siempre dentro de todos y cada uno de los grupos sociales.

1.2 Parentesco

Para referirnos al parentesco, es necesario citar sus antecedentes históricos, que surgen en Roma donde se distinguía dos tipos de parentesco: AGNATIO Y COGNATIO, el primero corresponde al parentesco civil, y el segundo al natural.

¹⁵ IBARROLA, Antonio de. *Op. Cit.* Pág. 2



Guillermo Floris Margadant en su obra Derecho Romano¹⁶ manifiesta que en la historia jurídica Romana se muestra el desarrollo de la agnación la cual era muy estricta, así como la cognación que se dio en el derecho de Justiniano. Se distinguían varias formas para determinar el parentesco:

- a) En línea recta o ascendente o descendente.
- b) En línea colateral.
- c) Entre afines, o sea entre un cónyuge y los parientes del otro ya sea en línea recta o colateral.

Por lo que hace a la computación de grados en materia de parentesco se daba la regla "quot generationes, tot gradus": es decir, que hay tantos grados como generaciones y para aplicar esta al tronco común de tal forma que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado, los tíos y los sobrinos en tercer grado, los primos entre sí son parientes en cuarto grado, etc.

Además de este carácter agnaticio, se observa el poder que el padre tenía no solamente sobre sus hijos, sino sobre todos los demás miembros del hogar y la patria potestad del padre solamente concluía con la muerte de éste.

Por lo que se refiere a los agnados, este parentesco se constituía en la autoridad paterna incluso marital en algunos casos, este parentesco se daba solo entre los descendientes varones los cuales eran colocados bajo su autoridad y en los que se incluía a la mujer en este tipo de parentesco in manu, hay quienes amplían este concepto y explican a la familia agnaticia como todos los que están bajo la autoridad paterna del jefe de familia, se incluyen los adoptados, nietos y descendientes sin limitación y podía prolongarse ad infinitum y sólo la descendencia de las mujeres la interrumpía.

En lo que a los cognados se refiere se daba entre las personas descendientes unas de otras por línea transversal o colateral sin importar el sexo. En la familia civil la constituían solo los parientes por agnación y cognación, lo anterior en Roma propiamente.

¹⁶ MARGADANT, Guillermo F. *Op. Cit.* Pág. 96

Según el autor Galindo Garfias, nos dice que parentesco "es el nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge o entre adoptante y adoptado. Los sujetos de esa relación son entre sí parientes"¹⁷.

Por lo anterior se puede concluir que parentesco son las personas que forman un núcleo familiar, que forman parte de él; de hecho cuando se habla de parentela, se conjugan a una serie de personas a las que las une un nexo no solamente de sangre, sino también jurídico.

Los juristas definen al parentesco como la relación que hay entre dos personas, las cuales descienden de un mismo tronco o progenitor común.

Por lo que hace a la naturaleza jurídica del parentesco, se puede decir que es una manifestación de solidaridad social, la cual haya su razón de ser en los lazos de afecto que derivan de una comunidad de sangre, del matrimonio y de la adopción

1.2.1 Especies de parentesco

Nuestro derecho comprende varios tipos de parentesco, y tal como lo vimos anteriormente, pueden desprenderse las siguientes especies:

- A) Parentesco consanguíneo, es aquel en el cual las personas que están unidas entre sí o que pertenecen a una familia, es por lazos de sangre.
- B) Parentesco por afinidad, se da cuando un cónyuge es pariente de la familia del otro cónyuge, y viceversa, y en los mismos grados de ambos.
- C) Parentesco civil, se da comúnmente por la adopción.

En lo particular, yo llamaría al parentesco civil un parentesco jurídico, ya que la adopción entraña un acto que debe de llevar implícitos los elementos de todo acto jurídico para que este sea eficaz.

¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio *op. Cit.* Pág.465

Sin embargo como el autor Marcel Planiol, dice en su obra, proponiendo una definición de parentesco, en él se están incluyendo a los miembros de la familia que descienden de un mismo progenitor como los hermanos o los primos¹⁸

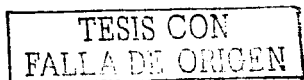
Adentrándonos más en esta figura, podemos encontrar que la consanguinidad, la misma palabra nos lleva a entenderla como la sangre, es por eso que al decir que un parentesco consanguíneo se forma por los vínculos o lazos de sangre, esto se da comúnmente entre las familias en las cuales no se ha dado el acto jurídico de la adopción.

La relación de la consanguinidad se da por personas que descienden unas de otras hasta formar familias, se pueden analizar también las líneas de parentesco las cuales serán en línea ascendente, descendente y colaterales. Ascendente será tomando en cuenta del hijo hacia el padre, la línea recta descendente será tomada desde el progenitor hacia abajo, y los colaterales son los hermanos que descienden de un padre o un progenitor común.

Continuando con el parentesco consanguíneo, en éste tipo de parentesco no se encuentran contemplados los cónyuges entre sí, porque estos se hallan unidos por una relación conyugal, y además hay que recordar que un impedimento para el matrimonio es el que sean parientes, en todo caso se estaría en el caso del incesto, pero aunque los consortes no sean parientes entre sí, el nexo del matrimonio produce otra relación a su vez mucho más fuerte e indisoluble.

En el caso del parentesco civil, si queda disuelto el vínculo de parentesco habido entre el hoy adoptado con sus progenitores naturales y la familia de sus progenitores naturales, aunque los lazos de sangre estarán ahí, jurídicamente se considera disuelto el vínculo de parentesco y da lugar la adopción a crear el parentesco civil del adoptado con su adoptante y con la familia de este último, sin embargo la relación paterno filial, solamente se producirá entre el adoptado y el adoptante, es decir, no irá más allá o no producirá más efectos con terceros.

¹⁸ PLANIOL, Georges. *Derecho Civil*. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana México 1996 pag. 102



Nuestra legislación civil contemplaba la adopción plena, en la cual el adoptado se equiparaba al hijo consanguíneo del adoptante y se producían los efectos legales como por ejemplo el impedimento de matrimonio, aquí sí podríamos hablar de la relación que existía entre el adoptado con la familia del adoptante, ya que al haber tenido una calidad de hijo consanguíneo, también tenía ciertos derechos y obligaciones con la familia del adoptante, además de lo anterior el que era adoptado plenamente debía de llevar los apellidos del adoptante.

En virtud de lo anterior podríamos preguntarnos qué es lo que pasa con la filiación del adoptado con sus progenitores; pues bien, aquí si se considera disuelta la relación de filiación que pudiera tener el adoptado con su familia de origen, lo único que queda a salvo de esa disolución es el impedimento de matrimonio, a fin de no caer en incestos.

A diferencia de la adopción simple, la cual fue derogada por decreto publicado en la Gaceta oficial del Distrito federal del 25 de mayo del 2000, la adopción plena permite en algunos casos que se pueda obtener información del Registro Civil, referente al origen del adoptado, en los siguientes casos:

- 1.- Para efectos de impedimento para contraer matrimonio.
- 2.- Cuando el adoptado desee conocer sus antecedentes familiares siempre y cuando sea mayor de edad. Lo anterior con fundamento en el Código Civil vigente para el Distrito Federal en su artículos 410-C.

El parentesco por afinidad en si, hace entrar a uno de los cónyuges a la familia del otro, es como si fueran parientes consanguíneos, pero sin producir los efectos de los lazos consanguíneos, por lo tanto la afinidad no da derecho a alimentos ni a heredar. El parentesco por afinidad no será tan extenso como el consanguíneo, y no crea ningún tipo de obligación el parentesco por afinidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En cuanto a las líneas de parentesco se pueden identificar la paterna y materna, lo cual implica dos familias diferentes que quedan unidas cuando dos de sus miembros contraen matrimonio. (parentesco por afinidad.)

El parentesco genera derechos y obligaciones, los cuales a continuación mencionaremos.

Entre los derechos podemos encontrar:

1. El derecho de heredar o también conocido como el derecho de sucesión testamentaria, aunque debemos recordar que a veces aunque no exista un testamento escrito los parientes pueden heredar hasta el cuarto grado como lo manifiesta la ley en la materia.
2. La patria potestad, que se define como los derechos que tienen los padres para con sus hijos así como de sus bienes, aunque por supuesto no solamente serán derechos los que se generen, también hay obligaciones.
3. El derecho de dar alimentos, este tipo de derecho lo tienen solamente determinados parientes, y obviamente solamente por causa de necesidad¹⁹.

En cuanto a las obligaciones podemos encontrar:

1. La obligación de los padres de ver por sus hijos, entendiéndose a la crianza, la educación, la seguridad de éstos, su educación, la instrucción que reciban, así como, darles una vida llena de respeto y de felicidad.
2. La obligación que tienen los hijos para con los padres, que en este caso sería una obligación moral y que sería la de ver por sus padres cuando estos necesiten de sus hijos no solamente cuando los ascendentes hayan llegado a la tercera edad, sino cuando tengan alguna discapacidad física o emocional.
3. El deber de proporcionar los alimentos se da para los parientes en línea recta cuando lo requieran y no tengan los medios suficientes para obtenerlos.
4. Se menciona a la tutela, la cual debe de ser ejercida por un pariente con las prerrogativas que la ley establece, de un menor de edad o de un pariente en estado de interdicción²⁰.

¹⁹ GALINDO GARCÍAS, Ignacio. *Op Cit*. Pág. 172

²⁰ *idem*

En cuanto al parentesco por afinidad, se habla de sus efectos de que en este caso el derecho a heredar no se da entre los parientes por afinidad como se daría en los parientes consanguíneos, sin embargo los efectos que sí se producen son:

- a. Impedimentos de matrimonio entre afines próximos, un ejemplo podría ser de que si el esposo muere, la esposa quisiera casarse con su suegro. Este impedimento tiene lugar, ya que como lo habíamos mencionado con antelación el parentesco por afinidad hace entrar a uno de los cónyuges en la familia del otro como si fuera un pariente consanguíneo pero sin serlo, de tal suerte que en el ejemplo anterior, el suegro de la cónyuge superviviente sería su padre político.
- b. En un procedimiento de divorcio los parientes afines de las partes no pueden ser testigos en la investigación que se realice. En este caso se dice que no podrían ser testigos ya que obviamente el pariente afín de cada una de las partes declararía solamente aquello que beneficiara a su pariente consanguíneo, aunque perjudicara al otro consorte, por lo tanto no se estaría ante un equilibrio.
- c. Cuando se realice un acto jurídico ante Notario Público, los parientes afines de las partes no pueden ser testigos. Parecido al caso anterior, no podrían ser testigos ya que se estaría en presencia de un interés personal sobre algún asunto y de esta manera producir algún beneficio a sus parientes consanguíneos o perjuicio al otro cónyuge¹¹.

1.3 Antecedentes históricos de la filiación

Estos nos remontarían a los de familia y de parenteseo, pudiéndose decir que van tomados de la mano unos con los otros y para entender a lo que la filiación se refiere, se tendría que analizar, el concepto que los romanos manejaban respecto a la filiación que era el lazo natural que relaciona a un hijo con sus progenitores, produciendo efectos mas o menos extensos según la naturaleza de la unión de donde resulta.

Para los romanos la filiación plena en su mayor acepción, era aquella que emanaba de las Iustas Nuptias las cuales hacían valer a los hijos como legítimos. En Roma para que la filiación produjera cualquier efecto debía ser legalmente cierta, según los principios romanos esta certidumbre siempre existía del lado de la madre, puesto que el parto era y aún sigue siendo un hecho que no deja lugar a dudas de la relación, sin embargo la paternidad en tiempos de Roma era totalmente incierta, cuestión que hoy en día no causa tanto problema, dado que la ciencia ha tenido considerables avances para establecer con certeza la paternidad mediante una prueba médica científica, que puede precisar la realidad de una paternidad antes presunta.

En la actualidad, la presunción de la paternidad dentro del matrimonio se prevé en nuestra Legislación Civil, concretamente en el artículo 324 del código civil para el Distrito Federal, el cual dispone "se presumen hijos del matrimonio, los nacidos dentro del matrimonio, así como los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución ...", de tal suerte que cuando un individuo nace en estas condiciones se presume que es hijo consanguíneo del que es o quien fuera el esposo de la madre, sin embargo en contra de esta presunción solamente es admisible la prueba que acredite la imposibilidad física que haya tenido el presunto padre, de tener un acceso carnal con la madre en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han antecedido al nacimiento, como lo estipula el artículo 325 de la legislación antes citada

Una de las reglas que imponían los romanos para acreditar la paternidad y con ello la filiación, era que las mujeres debían de haber cohabitado con sus maridos y con ningún otro hombre, es así la forma de como los romanos presumían la paternidad del marido - *pater is est quem nuptiae demonstrant* -. El emperador Juliano manifestaba que no debía consentirse que aquel hombre que vivió asiduamente con su mujer, no quisiera reconocer al hijo como si fuera suyo.

Los romanos para determinar si la mujer había podido concebir durante el matrimonio; mediante sus jurisconsultos determinaron los límites extremos de la duración de un embarazo, basándose en los estudios de los médicos griegos, siendo el límite menor del embarazo ciento ochenta días y el mayor de trescientos días; de tal suerte que el hijo será *iustus* si nace después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días posteriores a la disolución de las *Iustus Nuptiae*.

Los efectos de la filiación legítima en Roma:

- a) Dan lugar a la agnación o parentesco civil
 - b) Crea una obligación recíproca de darse alimentos y comprende el beneficio de la educación para el hijo
 - c) El infante debe respeto a sus ascendientes
- El padre comunica a sus hijos su calidad de romano y su condición social

Sin embargo el derecho romano admitía una prueba de filiación la cual consistía en:

- a. Una comprobación mediante los registros públicos de nacimiento establecidos quizá por el emperador Augusto en relación con su legislación caducaria.
- b. La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.
- c. En último caso la prueba testimonial²².

1.4 Filiación en sentido amplio y en sentido estricto

Ignacio Galindo Garfias en su obra Derecho Civil, propone un concepto de filiación: "La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de otra"²³

Para Marcel Planiol filiación es "la descendencia en línea recta, comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con tal o cual ancestro por alejado que sea"²⁴.

La anterior definición es la más completa ya que no solamente la filiación comprende en exclusiva al padre o la madre, sino que llega hasta tantos ascendientes haya en línea recta.

La filiación también comprende ciertos elementos los cuales en primer punto corresponden a saber quien es la madre; eso es conocido desde el momento justo del nacimiento y la identidad del hijo, es decir, si realmente en ocasiones cuando se reclama la paternidad de un hijo hay que saber quienes son verdaderamente sus padres.

La filiación con respecto a la madre esta establecida desde el momento del nacimiento, sin embargo, en la paternidad la filiación es más compleja "porque existe una falta de método en la Ley"²⁵.

Por lo que hacen a las diferentes especies de la filiación podemos encontrar que estas derivan de una relación de descendencia en la cual hay dos tipos de filiación: adoptiva y consanguínea.

²³ GALINDO GARFIAS, Ignacio *Op. Cit. Pág 63*

²⁴ PLANIOL, Georges R. *Op. Cit. Pág 195*

²⁵ *Idem*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La filiación consanguínea se clasifica a su vez en matrimonial y extramatrimonial, esto es si existe o no el vínculo de matrimonio entre los progenitores de un individuo al cual no afecta en su relación paterno filial el hecho de que no exista la unión por este vínculo.

La filiación adoptiva se da cuando una persona decide por propia voluntad adquirir los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad o maternidad en su caso respecto de otra persona.

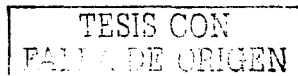
La filiación natural existe cuando el progenitor de una persona reconoce de manera voluntaria la relación de parentesco que los une; es decir, en este caso no existe ninguna resolución judicial que obligue a un padre a reconocer a su hijo, empero la maternidad no origina tantos problemas porque solamente con el hecho del nacimiento queda acreditada la filiación.

La filiación legítima se da cuando los padres no tienen nada que esconder sobre el nacimiento de un hijo por la existencia del vínculo matrimonial, dándolo a conocer a las autoridades correspondientes, así como a los parientes afines.

Por lo tanto se desprende de las definiciones anteriores que filiación en un estricto sentido que es aquél vínculo que une a los padres con los hijos y que este vínculo solamente es existente entre ellos.

En sentido amplio la filiación consiste en el parentesco o vínculo que une a un nuevo integrante a una familia, ya sea el vínculo sanguíneo o adoptivo, en este caso no solamente vemos un vínculo muy estrecho como en el estricto sentido, sino que aquí en una óptica más amplia aquél lazo o vínculo se alarga a toda una familia.

Según Rafael Rojina Villegas en su obra *Compendio de Derecho Civil*, indica que "el término filiación tiene en el derecho dos connotaciones, una amplísima que comprende el



vínculo que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado²⁶, aquí sería más explícito la filiación dentro de una familia ya que contempla de manera ascendiente tanto a tatarabuelos, bisabuelos, abuelos y padres, como de manera descendiente a hijos, nietos, bisnietos y tataranietos. Sin embargo en un sentido estricto el autor indica "la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo"²⁷.

Esto va a crear un conjunto de derechos y obligaciones entre el padre y el hijo, lo que genera una filiación legítima, y tanto en este tipo de filiación como en la natural se crea un estado jurídico.

²⁶ ROJINA VILLIGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, Porrúa 20ª Ed. México 1984, pág. 449
idem

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO II TIPOS DE FILIACION

2.1 Filiación de hecho y de derecho

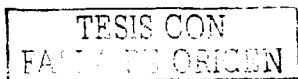
La filiación de hecho según Chávez Ascencio "se basa en la posesión de estado de hijo que como prueba se refiere a los hijos habidos del matrimonio y del concubinato"²⁸

Se dice que la posesión de estado se acredita solamente en caso de ser necesario y que no puede perderse sino por sentencia ejecutoria. Sin embargo, para que proceda la posesión propiamente dicha, se necesita que además de reconocer al hijo como si fuese un hijo de matrimonio, debe de existir el apellido; es decir, lo que implicaría reconocer legítimamente al hijo y de esta manera darle los padres sus apellidos a los hijos, así como tener acreditada la edad que en el caso del padre establece el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 343, otro de los requisitos es que el hijo haya sido tratado como tal por el padre o por quien presuntamente dice serlo y por su familia, a lo que se llamaría un reconocimiento no solamente del padre sino que también de toda su familia y otro aspecto no menos importante es el de haber otorgado subsistencia y educación al hijo, independientemente de que se debe considerar el factor de vínculo afectivo entre el presunto padre y poseedor de estado de hijo.

En el caso de haber proveído una subsistencia y educación al presunto hijo, si bien es cierto es un punto muy importante en cuanto a las obligaciones que tiene un ascendente para con su descendiente, el hecho de incumplir con estas obligaciones no quiere decir que la relación paterno filial desaparezca.

Ahora bien, debemos de señalar cual es el tratamiento que otorga la Legislación Civil vigente en el Distrito Federal, para presumir la filiación paterna, así como la manera de

²⁸ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel *Op.cit* pag 7



comprobar ésta, pues bien podríamos señalar como fundamento legal el multicitado artículo 324 de la legislación civil, el cual prevé quienes se consideren presuntamente hijos de los cónyuges, los cuales como ya hemos mencionado con antelación son aquellos nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de celebrado el matrimonio, o bien aquellos nacidos dentro del plazo de trescientos días posteriores a la disolución del vínculo matrimonial. En este caso nuestro Código Civil para el Distrito Federal presume que la filiación paterna se establece por el hecho de que el hijo nacido dentro de estos periodos fue concebido por quien fuera marido de la mujer, empero también existe la posibilidad de contradecir esta presunción, cuando el presunto padre prueba que le fue imposible tener un acercamiento carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, como lo expresa el artículo 325 del citado ordenamiento.

Cabe hacer notar que la manera de probar la filiación de los hijos nacidos del matrimonio es con el acta de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, o con la posesión de estado de que es hijo nacido de un matrimonio; es decir que lleve el apellido de sus padres, que el padre lo haya tratado como a un hijo nacido de matrimonio otorgándole subsistencia y el padre cumpla con el requisito legal de la edad para contraer matrimonio, como lo establecen los artículos 340, 341 y 343 del código citado con antelación.

Por otra parte también se encuentra el caso de los hijos nacidos fuera del matrimonio; y en esta situación la forma de probar la filiación paterna solamente se establece por medio del reconocimiento que haga un hombre de una persona de manera voluntaria, o bien mediante una sentencia que declare la paternidad, como lo establece el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal.

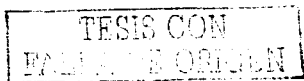
Por lo que respecta a la filiación de derecho, esta existe cuando se otorga una prueba documental con la cual se pretenda demostrar la paternidad, y esta prueba documental puede emanar del registro civil y consiste en el acta de matrimonio y de nacimiento para probar que de esta unión se procrearon hijos. Esta prueba documental puede derivarse u originarse de un acto jurídico como sería la adopción y el reconocimiento.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Por lo tanto los elementos de filiación se integran de una manera diferente dependiendo si se quiere establecer por parte de la madre o del padre. Si se quiere establecer por parte de la madre según Gálindo Gariñas "el parto es el hecho natural que permite conocer la filiación en forma directa o indirecta"²⁹; es decir, que el autor pretende explicar a la filiación de una forma en la cual para poder establecerla en primer lugar se debe probar el parto de quien presuntamente dice ser la madre, después el autor antes citado menciona como un elemento a la identidad; de tal forma que se debe de investigar si de verdad el hijo de una mujer que dio a luz, realmente es de ella, para comprobar esta filiación quedará entonces establecida totalmente la filiación materna, sin embargo faltaría ahora saber con exactitud quién es el hombre que embarazó a la madre y por lo tanto establecer su paternidad, ya que ésta al contrario de la filiación materna no se puede conocer de forma directa, esto es porque las relaciones sexuales que presuntamente pudieron haber existido entre un hombre y una mujer son muy subjetivas; es decir, que se han producido en la intimidad y solamente por una mera presunción se puede decir que el embarazo de una mujer es obra de un hombre determinado toda vez que al haberse llevado a cabo una relación sexual en la intimidad, impide saber a ciencia cierta si aquel hombre es el verdadero padre o causante del embarazo de una mujer.

Sin embargo con los avances de la ciencia la filiación puede ser alterada, toda vez que si bien es cierto la existencia del hombre esta totalmente ligada a la fecundación, concepción, gestación y el parto, cada una de estas etapas se presentan en el útero de la mujer por tiempos determinados, regularmente en el lapso de nueve meses culminan estas etapas; también es cierto que la tecnología biomédica ha manipulado de tal forma el proceso natural de la fecundación que ha creado nuevas formas de reproducción humana. Esta intervención ha creado la inseminación artificial y o fecundación in vitro; es decir, lo que de manera más común se conoce como los niños de probeta, o bien al implante de embriones vivos en el útero materno; lo que es llamada la maternidad sustituta y subrogada, también conocida como adopción prenatal. Con esta intervención propiamente dicha de la ciencia con la tecnología en la medicina se oculta la verdadera filiación consanguínea del ser humano con sus progenitores, pero aquí la pregunta sería, se pierde la filiación de los verdaderos progenitores con el hijo en el caso de la inseminación y fecundación antes mencionada?

²⁹ GÁLINDO GARIÑAS, Ignacio. *Op. Cit.* pág. 638



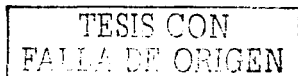
Si bien es cierto que la ciencia al momento de intervenir en el proceso natural de la procreación ha generado grandes cambios que afectan a la sociedad la cual puede reaccionar de manera negativa o positiva ante esta situación, también hay que reconocer que ha sido benéfico para esta misma sociedad; es decir, para aquellas personas que desean un hijo y que tienen las posibilidades de proporcionarle no solamente una buena educación y formación, sino también amor, confianza, protección y apoyo, y que sin embargo no pueden procrear, pero este tema se tocará más a fondo en los capítulos siguientes.

2.2 Filiación indivisible y filiación dividida

Se dice que la filiación, es indivisible ya que la relación de la filiación y sus efectos jurídicos, corresponden a ambos padres cuando estos se encuentran unidos en un lazo de matrimonio o bien en una relación de concubinato. Por lo que podemos entender que al encontrarse ambos progenitores unidos al momento del nacimiento de su descendiente, existe un reconocimiento de aquél; siempre y cuando el nacimiento se suscite en los plazos legales para tener por reconocida la filiación, por lo tanto al reconocer los padres a su hijo, se tiene una filiación indivisible.

Sin embargo la filiación dividida, es aquella que se genera cuando hay hijos que son procreados fuera de matrimonio; y que son conocidos como hijos naturales, esto no quiere decir que sean concebidos cuando uno de los cónyuges está unido en matrimonio con otra mujer u otro hombre que no es con quien ha concebido un hijo, sino que también podría darse el caso de la concepción de un hijo cuando sus padres no han decidido tener una relación formal de matrimonio, además solamente uno de los progenitores reconoce al hijo, según Chávez Ascencio "se puede dar el caso de que alguno de los progenitores pierda la patria potestad por sentencia"⁴⁰.

⁴⁰CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* Pág. 8



Como lo expresa el artículo 444 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, la patria potestad se pierde por resolución judicial en los siguientes supuestos:

- * Cuando el que la ejerza sea condenado a perder expresamente ese derecho.
- * En los casos de divorcio tomando en cuenta al artículo 283 de la misma Ley.
- * Por costumbres depravadas de los padres.
- * Por abandonar los padres a sus hijos.
- * Porque el progenitor cometa un delito contra el menor.
- * Por haber sido condenado dos o mas veces por un delito grave.

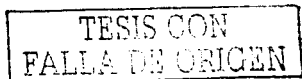
Empero el autor manifiesta que al momento de perderse la patria potestad sobre un hijo se divide también su filiación y yo no lo considero así, ya que hubo un conocimiento y reconocimiento de la existencia de un hijo. Además si se esta hablando de una filiación extra matrimonial con el reconocimiento del padre queda establecida la filiación, recordando que esta no es revocable.

2.3 Filiación matrimonial y filiación extra matrimonial

La filiación matrimonial realmente presenta pocos problemas, ya que se habla de una unión legítima de los progenitores, sin embargo hay autores como Rojina Villegas y Chávez Ascencio que dividen esta filiación matrimonial en cuanto al matrimonio y a la legitimación³¹.

La filiación matrimonial es también considerada como legítima y esta se da cuando los progenitores están unidos en matrimonio y durante este el hijo es concebido, lo que al momento del nacimiento generará un vínculo consanguíneo directo y legítimo, porque es la relación que tendrá el progenitor con su hijo, consanguíneo por unirlos un lazo de sangre; directo por la relación de parentesco de ascendente con descendiente y legítimo por el hecho

³¹ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* Pag. 283



de que la persona de que se trate ha sido concebido y nacido cuando a sus progenitores los unía un vínculo matrimonial.

Pero también debemos de observar que la filiación legítima produce derechos y obligaciones de padres e hijos, una de estas es la patria potestad la cual recae sobre los hijos y es ejercida tanto por el padre como por la madre en una igualdad de condiciones, siempre y cuando no se aplique alguno de los supuestos del artículo 444 del Código Civil para el Distrito Federal.

Sin embargo debemos recordar que la patria potestad se puede prolongar hasta los abuelos paternos y los abuelos maternos, de tal suerte que al faltar los abuelos paternos, la patria potestad se les otorgará a los abuelos maternos, lo que no representa la mejor solución, debiendo ser mas justa la determinación si se considerara un análisis para saber con cual de los dos abuelos ya sean maternos o paternos, se subordinaría el menor sujeto a la patria potestad, quien tendría mejores condiciones de vida, no solamente en el ámbito económico, sino también para que tenga un desarrollo psicológico y social adecuado.

Por lo que hace a la filiación extramatrimonial, se dice que ocasiona varios problemas porque se presentan situaciones muy diversas y complejas esto porque los progenitores no siempre están casados o bien están separados o solamente uno de los progenitores es quien reconoce a su descendiente, en este caso aquel que reconozca a su hijo, ya sea el padre o la madre será el que tenga derechos y obligaciones para con éste, por lo tanto tendrá la exclusividad de la patria potestad y la custodia del hijo reconocido, y al momento de que aquella persona que reconoció a su descendiente fallezca o no pueda continuar al cuidado de su hijo, la relación jurídica recae sobre los padres del que reconoció a su descendiente antes mencionado, pero en el caso de que haya un reconocimiento por parte de ambos padres puede ocasionar problemas como es el caso de que estos no vivan juntos y por lo tanto se debe resolver cual de los dos tendrá la custodia de su hijo.

Además en esta filiación la vida de aquellos hijos se puede decir que sólo es producto de una relación libre, son llamados hijos naturales, y pueden haber sido reconocidos por uno o ambos padres. Empero se dan situaciones en las cuales algunos hijos no conocen a sus padres,

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

son llamados hijos de padres desconocidos que no es igual a los no reconocidos, ya que en el primer caso no conocen a sus padres, razón por la cual es imposible determinar la filiación que los une con estos, un ejemplo pueden ser los niños expósitos; en el segundo caso, alguno de los padres no reconoce su paternidad o maternidad judicialmente, pueden ser producto de una relación ilegítima, ejemplo incesto, adulterio; por esta razón no pueden acreditarse como hijos de ambos padres.

2.4 Filiación adoptiva

La filiación adoptiva, esta produce los mismos derechos y obligaciones entre el adoptante y el adoptado, de tal manera como si estuvieran ligados por un parentesco consanguíneo, por lo que se dice que la patria potestad del hijo solamente será ejercida por aquella persona que lo adopte, el vínculo que nace de la adopción solamente se establece entre adoptante y adoptado, en los casos de la adopción simple, que en muchos lugares se sigue dando a pesar de que existe la adopción plena, con consecuencias distintas en cuanto a las relaciones de las partes y los terceros que tienen parentesco con el adoptante.

Ahora bien, al hablar en el párrafo anterior de la adopción plena, que ahora con las reformas a la Legislación Civil, es la única que existe al derogarse la adopción simple que sí establecía ciertas limitaciones, en la adopción plena sucede lo contrario como lo establece la sección tercera del Código Civil del Distrito Federal su artículo 410 - A y siguientes, la cual con las modificaciones que sufrió la legislación ha dejado de llamarse de esta manera para solamente titularse efectos de la adopción.

Con las reformas no cambia el sentido o el fondo de lo que antes se llamaba adopción plena, porque el efecto de equipararse a un hijo consanguíneo para todos los efectos legales incluyendo los impedimentos de matrimonio siguen existiendo, así como las obligaciones derechos y consecuencias jurídicas que nacen de la filiación consanguínea.

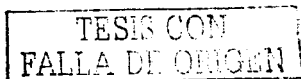
2.5 Investigación de la filiación

Luis Verruno y J.C. Hass en su obra manual para la investigación de la filiación exponen de manera sencilla como se investiga la filiación, también llamada prueba de filiación, esta se realiza con una pequeña toma de sangre, como si fuera una extracción normal para realizarse algún tipo de análisis, con la cual se llegará a un diagnóstico de asignación de filiación, teniendo una certeza de un cien por ciento de confiabilidad. La prueba se denomina ADN o de CARIOTIPO y GENOTIPO¹².

Con esta prueba que no es tan simple, pero que a través de ella concluyen periodos de incertidumbre que en muchas ocasiones son causa de deterioro de salud, ha logrado establecer una certeza sobre la paternidad que tiene una persona respecto de otra, ya que con los avances de la ciencia se han facilitado las investigaciones que hasta antes de este gran descubrimiento llevaban años de práctica, toda vez que se realizaban solamente mediante pruebas, testimonios, fotografías, etc.

La prueba permite adquirir una seguridad sobre la paternidad y también deslindarse así de aquellas obligaciones que no le corresponden y solo existe una falsa imputación de paternidad, sin embargo no debemos olvidar que aquí los intereses que están en juego son los del menor, que en ningún caso tiene la culpa de la inconsciencia de sus padres, los cuales por su falta de madurez y de precaución ocasionan un daño posiblemente irreversible en la vida de un menor que presuntamente puede ser su hijo, estos casos se dan mas frecuentemente en las relaciones extra matrimoniales, en estas situaciones al menor no se le proporciona afecto, ayuda económica o tal vez asistencia en la salud, esta podría ser la parte trágica por llamarlo de alguna manera de la prueba de filiación, por otra parte hay que reconocer que esta prueba también sirve para hacer justicia y ver la verdad de las cosas con una mayor claridad y certeza en relación a la posible paternidad que se le atribuye a una persona.

¹² VERRUNO, Luis y J.C. HASS, Emilio. *Manual para la Investigación de la filiación*. Actualización Médico Legal, España s.a.pág. 13.



En el caso de la investigación de la filiación, se utilizan métodos técnicos relacionados con la medicina y las matemáticas, pero por otra parte no debemos olvidar el lado jurídico que también es un tema muy importante en la filiación. En la prueba anteriormente mencionada, se establece la compatibilidad inmunogenética, a partir de la extracción de sangre a los sujetos interesados en este estudio, hasta la prueba final en la cual se concluya y diagnostiquen los resultados de este examen.

Se dice que en un sentido estricto "el hecho biológico de la generación será la fuente de la relación jurídica de filiación"³¹ pero nos encontramos con que el hecho biológico que dio lugar a la filiación no se puede constatar lo que genera diversos problemas los cuales son resueltos con la prueba de filiación, la cual nos permite saber la verdad biológica que existe entre dos personas que presuntamente se denominan padres e hijos.

No es lo mismo ser padre que ser progenitor, toda vez que entrañan conceptos muy diferentes, antes no se usaba mucho la palabra progenitor, sin embargo con el paso del tiempo esta palabra se ha hecho mas común ya que no solamente nuestro derecho la utiliza, sino cualquier persona cuando se refiere a aquel ser humano que la procreó, pero en cambio la palabra padre o paternidad entraña no sólo el haber procreado a un hijo, sino haber cumplido satisfactoriamente sus deberes: nos encontramos que en algunas ocasiones los padres de una persona, no son sus progenitores, refiriéndome en este caso a padre o madre, sin embargo han cumplido con las obligaciones que como progenitor le corresponderían y que el mismo derecho le establece, por lo cual podemos deducir que la filiación no es por fuerza una relación puramente biológica, ya que la palabra filiación implica algo más que un hecho de la naturaleza, sino la condición que adquieren las personas al ser hijos de otras.

Siguiendo con la prueba de filiación, según los autores Emilio J.C. Hass y Luis Verruno indican

"es frecuente la indicación del estudio del mapa cromosómico o cariotipo de los progenitores y del niño, pero este estudio en general no llega a conclusiones de certeza. Especialmente si no se transmiten de padres a hijos alteraciones o particularidades morfológicas de los cromosomas, hecho raramente evidenciado y no concluyente en la

³¹ DÍZ PÍC ASO, Luis y GIL ION, Antonio *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos España 1998 pag 165.

mayoría de las oportunidades. Por tal motivo la prueba de compatibilidad inmunogenética no toma en cuenta el número, la morfología ni las características cromosómicas. En casos muy especiales esta indicando el estudio del ADN, el material que constituye la estructura de los cromosomas¹¹.

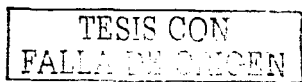
La prueba de filiación no solamente se da en los casos en los cuales no hay matrimonio, sino que también se da la situación de la prueba de filiación de aquellos hijos que han sido concebidos dentro del matrimonio, en esta prueba encontramos dos formas de acreditar la filiación con las actas del Registro Civil y con la posesión de estado.

En cuanto a las actas se refiere, la filiación de una persona nacida dentro de un matrimonio quedará establecida con el acta de matrimonio de los padres y con el acta de nacimiento de el hijo; de tal suerte que se probará el estado civil tanto de los progenitores que han decidido procrear como del descendiente que ha nacido de una relación que legalmente fue constituida, por lo tanto si hay alguna persona que desee ostentarse como hijo de matrimonio, su filiación tendrá que probarla con las dos actas anteriores, debiéndose comprobar la identidad de los progenitores y del hijo en relación a las actas presentadas.

Sin embargo en cuanto a la posesión de estado; esta se admite como una prueba subsidiaria la cual es procedente cuando no hay actas, o bien cuando aquellas son defectuosas, falsas o estuvieren incompletas.

La forma de probar la posesión de estado en la investigación de la paternidad o maternidad; es acreditando el trato, esto es la manera de conducirse de los padres hacia con el hijo y que esta manera de relacionarse no solamente haya sido entre estos, sino también con la familia paterna y materna. El uso del apellido de aquella persona de quien se reclama el reconocimiento de la paternidad, en este caso estamos hablando de personas que son concebidas dentro del matrimonio, pero como ya se estableció con anterioridad no existe la posibilidad de mostrar actas civiles, por lo tanto se presume que usado el apellido de sus

¹¹ VERRESON, Luis y C. HASS, Emilio. *Op. Cit.* pag. 13 y 14



progenitores. También se debe de acreditar que el progenitor tiene la edad suficiente para contraer matrimonio; quedando acreditado lo anterior, queda establecida la posesión de estado.

Así mismo cuando se ha probado no solamente que una mujer ha tenido a un hijo o bien que una persona haya sido engendrada por un hombre determinado, sino que se prueba además la identidad de esa persona. Sin embargo en el caso de no probar la edad del progenitor para contraer matrimonio, la filiación no podrá quedar establecida; y en lo referente al trato se requiere el reconocimiento de la familia paterna especialmente, aquí podríamos preguntarnos ¿por qué específicamente el trato de la familia paterna ante la sociedad como hijo?, y la respuesta sería porque la filiación materna se da desde el momento del nacimiento, en tanto que la filiación paterna es un poco mas compleja de acreditar.

Pero en los casos de la filiación producida fuera del matrimonio, para acreditar ésta; se encuentra: el reconocimiento y la investigación de la paternidad o maternidad según sea el caso de que se trate.

En el caso del reconocimiento, éste es la forma normal para que tanto el padre como la madre establezcan una filiación natural, ya sea que los dos progenitores reconozcan al hijo al mismo tiempo; es decir, simultáneamente o bien en forma sucesiva.

Según Galindo Garfias "el reconocimiento de un hijo, es el acto en que cualquiera de los progenitores o ambos, declaran que una persona es hijo del declarante. El reconocimiento ha de hacerse en forma solemne; es decir, en cualquiera de las formas previstas por la ley"³⁵.

El mismo autor toma en cuenta la opinión de Jossierand para establecer el reconocimiento, que puede ser de la siguiente manera:

- a) Declarativo
- b) Personalísimo
- c) Individual

³⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio *Op. Cit.* Pág 661

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

- d) Irrevocable
- e) Acto solemne³⁶

a) Se dice que es declarativo porque no modifica ninguna situación existente; sin embargo sí puede modificar en gran parte una situación que ya existía, pues de ese reconocimiento pueden nacer derechos y obligaciones que antes no existían.

b) En el caso de ser un acto personalísimo, se decía porque solamente los progenitores eran quienes podían otorgar ese reconocimiento, sin embargo, cuando habían fallecido, el reconocimiento lo podían dar los ascendientes de los progenitores, toda vez que los descendientes de aquellos no estaban en posibilidad de otorgar ese reconocimiento, por lo tanto de ser un acto personalísimo a los progenitores, se extendía hacia los ascendientes de estos; pero con la derogación publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 25 de mayo del 2000, el artículo 364 del Código Civil para el Distrito Federal, fue derogado y por lo tanto ya no se habla de esa extensión de reconocimiento.

c) También se dice que el reconocimiento es individual porque los efectos son producidos solamente para los progenitores y este punto va muy ligado con el anterior aunque también cabe la posibilidad de que los ascendientes no reconozcan al descendiente de sus hijos por el hecho de no existir el matrimonio; y en este caso como en el anterior solamente la relación produciría efectos entre los progenitores con el descendiente.

d) En lo que hace al reconocimiento como irrevocable, éste adquiere ese carácter en virtud de que no sería posible que de la voluntad del progenitor o progenitores, dependiera la situación jurídica de una persona, en este caso el reconocido.

e) Así mismo, se dice que es un acto solemne, porque debe de realizarse ante una autoridad que dentro de sus funciones y su competencia, tenga la facultad de otorgar ese reconocimiento dotado de una legalidad plena, o bien como el autor citado con antelación menciona los modos respecto de los cuales pueda hacerse el reconocimiento, como son:

³⁶ *idem*

- 1.- En la partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil.
- 2.- Por acta especial ante el mismo juez.
- 3.- Por escritura pública.
- 4.- Por testamento.
- 5.- Por confesión judicial directa y expresa¹⁷.

Como ya hemos visto con anterioridad, el reconocimiento aunque es la forma por decirlo de alguna manera más fácil de establecer una filiación extra matrimonial; podemos observar que no solamente es reconocer tácitamente la filiación que se tiene con una persona determinada, sino que obedece a la realización de una serie de trámites ante autoridades competentes y facultadas para ello, sin embargo también se encuentra como otra forma de probar la filiación, la investigación de la paternidad o maternidad a la cual en seguida nos enfocaremos.

Generalmente cuando se opta por este tipo de prueba para establecer una filiación, primero es porque no hay un vínculo matrimonial entre los progenitores, lo que hace tener una duda sobre si la paternidad que se le imputa a un hombre determinado es cierta; ésta es más común que pueda entrar en conflicto que la presunción de la maternidad; ya que como ha quedado asentado el lazo de filiación materna se acredita con el nacimiento, o bien a la hora de parto; en el momento de dar a luz a un hijo, sin embargo no debe descartarse la posibilidad de que la maternidad de una mujer pueda ser puesta en duda y de hecho aunque sería un situación difícil de que sucediera la legislación debe en todo momento prever todas aquellas circunstancias que pudieran suscitarse, es por esa razón por la cual se le llama investigación de paternidad o maternidad según sea el caso.

En este tipo de investigación se realizaba en un primer caso para obtener una certeza de la presunta maternidad o paternidad dependiendo la situación, y en un segundo caso porque probando la paternidad o maternidad de los supuestos progenitores, se pueden atribuir derechos y obligaciones que la misma relación paterno filial otorga a sus miembros.

¹⁷ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel. *Op. Cit.* pag 287

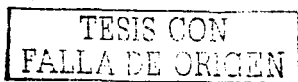
Este tipo de prueba es el más viable para obtener una certeza de que una persona es descendiente de otra de manera directa. Se dice que generalmente cuando se realiza esta prueba, es cuando existe un juicio dentro del cual busca como objetivo establecer por sentencia la filiación natural que una persona tiene con sus progenitores o viceversa; y en el caso de que los padres hubieren muerto cuando su presunto descendiente fuera menor de edad, este último al llegar a la mayoría de edad tiene cuatro años para ejecutar esta acción, término para la prescripción de la acción propiamente dicha.

Sin embargo los casos en los cuales se permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio son los siguientes:

- A) En caso de rapto, violación o estupro: cuando la fecha de la concepción coincide con la fecha del delito cometido.
- B) Cuando el presunto hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto progenitor.
- C) En el concubinato: es decir, cuando ambos progenitores cohabitaban bajo el mismo techo sin que existiera un vínculo matrimonial y el hijo hubiere sido concebido en ese momento. Cabe recordar que en nuestra legislación el concubinato adquiere ese carácter cuando la pareja tiene dos años cohabitando bajo un mismo techo sin existir un vínculo matrimonial, o bien al momento de procrear hijos, no importa el tiempo de cohabitación de la pareja para establecerse el concubinato, como lo manifiesta el artículo 291 Bis del Código Civil para el Distrito Federal.
- D) Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra su presunto padre³⁸.

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, hay una regla que es la misma que se aplica para los hijos que fueron concebidos dentro del matrimonio, para obtener una certeza respecto de la presunción de la paternidad, la cual es la siguiente:

³⁸ MAGALLOS IBARRA, Jorge Mario. *Op. Cit.* pag. 174



"Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde que empezó el concubinato y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la terminación de la vida en común entre el concubinario y la concubina"¹⁹.

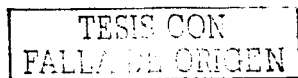
Ahora bien, como ya se había esclarecido con anterioridad en cuanto a la posesión de estado cuando un hijo es fruto de una relación en la cual es inexistente el vínculo matrimonial (erróneamente llamado hijo natural) se constituye por el trato que tanto el padre como su familia le haya otorgado al presunto hijo, así como proporcionar subsistencia, y educación. Sin embargo, el simple hecho de proporcionar alimentos, no genera ninguna prueba de que aquella persona que se atribuye esa obligación deba ser precisamente el progenitor de aquella persona de quien se hubiere atribuido esa obligación.

2.5.1 Procedimiento de la prueba de filiación. (Acción para la investigación de la paternidad)

Para pedir la prueba de la filiación, conocida como la prueba de una presunta paternidad, hay quienes están legitimados para ello: el hijo y sus descendientes, lo anterior obviamente cuando aquellos hayan sido procreados fuera del matrimonio.

Con antelación se había tratado el tema del por qué de la investigación de la paternidad y no así la investigación de la maternidad, tal vez sea necesario volver a recordar que la filiación materna es más fácil de acreditar que aquella relación que el padre establece con su presunto hijo. Sin embargo también podrían darse casos en los cuales se realizara una acción de investigación de la maternidad y si esta se realizara para atribuir un hijo a una mujer casada, dicha acción de investigación a la que nos referimos con antelación, estaría prohibida, pero podemos observar que como en toda regla se hace una excepción, la cual sería en este caso la existencia de una sentencia emanada por una autoridad competente y con facultades que determinara la maternidad que tuviera una mujer casada derivada del delito de adulterio.

¹⁹ GALINDO GARRILAS, Ignacio *Op. Cit.* pag. 665



Y como recordatorio a lo anterior, ya hemos dicho que la acción de la investigación de la paternidad o maternidad en su caso, debe de realizarse solamente cuando los presuntos progenitores tuvieran vida, sin embargo cuando aquellos fallecieron, y en el caso de que con anterioridad al fallecimiento de aquellos se hubiera ejercitado la acción de dicha investigación, aunque los supuestos progenitores ya no se encuentren con vida, la acción de investigación deberá seguir su curso hasta concluir.

Galindo Garfias en su obra *Derecho Civil*¹¹ opina en cuanto a los medios probatorios, que es más fácil de probar es el caso de la filiación materna ya que ésta se acredita al momento del parto de la presunta madre, probándose la existencia del parto por cualquier medio como serían las pruebas documentales del hospital en el cual se llevó a cabo el parto, así como los testigos a quienes les consten los hechos ocurridos. Ahora, que también podemos encontrar a nuestro favor: la prueba del análisis hematológico, el cual como tal puede demostrar por su propia naturaleza la paternidad o maternidad según sea el caso; es decir, se confrontan en esta prueba dos grupos sanguíneos.

Para tener un conocimiento mas amplio sobre la prueba hematológica, debemos saber que ésta debe de estar integrada o compuesta por pruebas periciales, ya que por sí solas cada una de las pruebas no serían lo suficientemente convincentes para que el juez pudiera formarse una opinión, sin embargo cuando todas y cada una de las pruebas son perfectamente relacionadas y armonizadas pueden constituir una prueba testimonial, en este tipo de prueba para la acreditación de la filiación se encuentran elementos probatorios muy importantes como lo dice el autor Galindo Garfias y los cuales acreditándose cada uno de ellos son motivo suficiente para tener por probada la paternidad o maternidad y en consecuencia la filiación y dichos elementos son los siguientes:

a) El examen comparativo de los caracteres morfológicos externos del padre y del hijo, lo cual significa que debemos hacer una comparación física del posible progenitor con su hijo y de esta manera poder observar si su fisonomía es parecida entre ellos, se habla de una

¹¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Op. Cit.* Pag. 329

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

lisonomía total, incluyendo de esta manera no solamente rasgos faciales, sino también talla (es decir, la estatura y estructura ósea de una persona), huellas digitales, etc.

b) El examen de los caracteres antropogenéticos o funcionales externos, aquí lo que nos señala este tipo de examen es un análisis tanto de actitudes, gestos, el timbre de la voz o bien la forma de la letra, que como bien lo dice este tipo de examen son de una cierta manera factores que son externos y que a simple vista o poniendo mucha atención se pueden percibir.

c) Examen de los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente, en este tipo de examen se refiere a todas aquellas enfermedades que vinieran de familia y que de generación en generación se van heredando como por ejemplo podría ser la miopía, el astigmatismo, la diabetes, el cáncer, entre otras; o bien no solamente son las enfermedades en sí, sino también la predisposición a tenerlas; es decir, que aunque no estén presentes como tales hay un riesgo de contraerlas, también se refiere a enfermedades de la sangre o incluso la presencia de lunares, los cuales a veces son característicos en las familias por heredarse de generación en generación.

d) Examen de caracteres psicológicos y por último el examen de los caracteres de la biología sanguínea¹¹.

A fin de dejar más claro la prueba que puede determinar en algunas ocasiones el reconocimiento de paternidad y en otras el desconocimiento de aquella, podemos mencionar que en nuestro sistema jurídico la prueba que determina con certeza la paternidad, debe de complementarse con diversas pruebas como serían, la confesional, testimonial y documentales públicas entre otras, a fin de que en conjunto constituyan una veracidad, que sea suficiente para convencer al Juez de que una persona realmente es o no descendiente de otra.

La prueba mas eficaz se denomina - PRUEBA DE EXCLUSIÓN DE PATERNIDAD BASADA EN LA DETERMINACIÓN DE LOS GENES DE ANTIGENO DE HISTOCOMPATIBILIDAD (HLA)- la cual se ofrece como una Pericial Médica, tal como lo

¹¹ *idem*

indicó el expediente número 4882/2001 del Juzgado 25º Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, respecto del juicio de reconocimiento de paternidad. Para la realización de este tipo de prueba es necesario tomar una muestra de sangre en tubos con anticoagulante del menor y del padre, a fin de saber si tienen los mismos genes. Este tipo de prueba generalmente es realizada por Instituciones que son reconocidas a fin de tener una mayor seguridad sobre la experiencia de los médicos que las realizan, en ocasiones la Procuraduría General de la República a través de la Coordinación General de Servicios Periciales de la Dirección de Servicios Centralizados, por la Subdirección de Laboratorios, de los Laboratorios de Genética Forense, auxilia a los Jueces en los juicios en los que es necesaria la realización de esta prueba y en otras ocasiones también acuden al Instituto de Investigaciones Nucleares, las cuales son instituciones que son altamente reconocidas y sus dictámenes gozan de mayor veracidad que si fueran realizados en otra Institución.

Ahora bien, hablamos de que esta prueba se debe ofrecer como una pericial y por lo tanto lógicamente la deben de realizar los expertos en esa materia, quienes al rendir su dictamen deben de contestar un cuestionario, el cual regularmente tiene preguntas como:

1. En qué consiste la prueba?
2. Porcentaje de confiabilidad
3. Tiempo que tarda
4. Responsable del resultado.
5. Tipos de genes que se estudian
6. Técnica utilizada
7. Muestra que se maneja
8. Condiciones en las que se deben de presentar quienes se someten a la prueba
9. Resultados que se obtienen.

Como bien dice Galindo Garfias al citar al autor Hugo E. Gatti "Esta prueba fundada especialmente en las propiedades aglutinantes del suero sanguíneo y en la clasificación de la

sangre humana en ciertos grupos o tipos puede ser positiva o negativa, respecto de una determinada relación biológica de filiación"⁴².

Asimismo dentro de la prueba de filiación se consideran ciertos aspectos como la determinación del instante de la concepción como algunos autores lo manejan, pero aquí también nos encontramos con un problema, el cual estriba en la imposibilidad de saber con certeza y probar la fecha exacta en la cual sucedió la concepción, ya que solamente se puede determinar de una manera aproximada, basándose desde el día del nacimiento y calculando cuanto es lo que probablemente duró el embarazo, sin embargo éste último nunca tiene una duración exacta y varía mucho, se habla de límites extremos entre los cuales necesariamente el embarazo se debe de colocar.

Se dice que las gestaciones más cortas duran por lo menos ciento ochenta días, siendo las más largas de trescientos días, y hablando en cuestión de meses la primera sería de seis meses un periodo muy breve y la más prolongada de diez meses, siendo una duración normal del embarazo la de doscientos setenta y cinco días.

"La concepción se coloca necesariamente en el intervalo comprendido entre las duraciones extremas asignadas al embarazo. Este intervalo parece ser de ciento veinte días, (300 - 180 - 120) en realidad es de ciento veintinueve, pues la intención de la ley ha sido comprender en él, como día en que es posible la concepción el ciento ochenta, que haya precedido al nacimiento"⁴³

Para el autor tan solo basta que uno de esos ciento veintinueve días se coloque dentro del matrimonio para que el hijo se considere legítimo, y lo que la ley quiere es que el hijo siempre sea considerado como tal cuando haya alguna duda, sin embargo también se da el caso de nacimientos prematuros y se da en los supuestos en los cuales el hijo haya nacido dentro de los ciento setenta y nueve días de celebrado el matrimonio, y para estos casos se reputará hijo concebido antes del matrimonio, ya que el día ciento ochenta sería el primero para ser hijos nacidos después del matrimonio. Y en cuanto a los nacimientos tardíos, se le va a llamar

⁴² *Ibid.*, en pag. 669

⁴³ PLANIOL, Georges. *Op. Cit.* pag. 198

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concepción posterior a la disolución de matrimonio, si es que el hijo nació con posterioridad de trescientos días luego de que se dictó dicha disolución.

Sin embargo se hace necesario dar una visión quizá un poco médica de qué es lo que se trata de buscar en nuestra prueba de filiación tan mencionada, para lo cual nos basamos en el Manual para la Investigación de la Filiación¹¹ el cual nos establece que lo que frecuentemente se estudia en este tipo de pruebas es el mapa cromosómico o bien llamado cariotipo tanto de los progenitores como del niño del cual se pretende establecer cierta filiación, se dice que este tipo de estudio no llega a conclusiones certeras, si en especial no se transmiten alteraciones de padres a hijos, o bien no solamente las alteraciones, sino también las particularidades de los cromosomas, pero esto es un hecho que muy rara vez sucede, y es por este motivo que la prueba de incompatibilidad inmunogenética no toma en cuenta ni el número, la morfología ni las características de los cromosomas en sí, y para casos muy especiales se encuentra el estudio del ADN, el cual es el material por el que esta compuesta la estructura de los cromosomas. Y es por este punto al que hemos llegado que nos vemos en la necesidad de aclarar términos que comprenden este tipo de pruebas; no ahondaremos demasiado en ellos, ya que son términos médicos y a nosotros lo que nos importa es ver su aplicación en el derecho.

Cualquier ser humano normal tiene en cada una de sus células cuarenta y seis cromosomas, los cuales contienen en su estructura ácido desoxirribonucleico mejor conocido como ADN, CARIOTIPO y GENOTIPO; los cuales llevan absolutamente toda la información genética transmitida por los progenitores. De esos cuarenta y seis cromosomas, cuarenta y cuatro son llamados somáticos y estos se encargan de las funciones no sexuales del ser humano, sin embargo los dos cromosomas que sobran son los sexuales y son aquellos que nos diferencian tanto a los hombres(X,Y) como a las mujeres(X,X), dichos cuarenta y seis cromosomas, se encuentran ordenados en veintitres pares, esto se debe al origen paterno y materno que tiene cada par, y al momento de dar origen la fertilización, si el espermatozoide aporta una x, el producto será de sexo femenino, por el contrario si aporta una Y, el sexo será masculino. Por

¹¹ VERRI SOL Luis y JC. HASS, *Emble Op. Cit.* Pág. 14

TESIS COM
PALLA DE ORIGEN

lo tanto la primera regla de paternidad dice que todo el material genético del hijo que no esté representado en uno de los padres deberá estar obligatoriamente presente en el otro¹⁵.

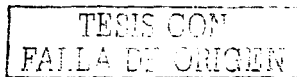
Ahora bien, la porción de ADN del cromosoma que codifica determinado carácter, como un ejemplo podríamos mencionar a los grupos sanguíneos "A", se llama gen, y un cromosoma tiene cantidades enormes de genes, estamos hablando de millones de estos y al conjunto de genes que tiene una persona se le llama genotipo, y a cada mitad parental ya sea paterna o materna del genotipo se le llama hablotipo, y todo individuo tiene un hablotipo paterno y un hablotipo materno.

Mencionábamos con anterioridad de una duplicidad en base a la herencia paterna y materna que cada individuo trae consigo, y es esta situación la que no siempre determine un gen visible como lo llaman Verruno y Hass, lo cual como ejemplo nos indica que si hay un grupo de genes paternos codificando para el color de los ojos como negro, y otro grupo de genes maternos codificando ojos verdes, el producto no tendrá un ojo de cada color, sino que los genes paternos y maternos se combinarán dando origen a ojos marrones, y esta expresión visible de la combinación de varios genes es denominado fenotipo.

Es así cuando se requiere establecer una filiación respecto de otra persona, debiendo buscar características comunes en aquella persona que intenta ostentarse como hijo y de aquella otra persona a la cual presumiblemente se le imputa una paternidad.

Con esta prueba se puede establecer la paternidad o maternidad respecto de otra persona que hubiere ejercido su acción para tal efecto, también existe una prueba que no da lugar a dudas respecto de la paternidad, dicha prueba se conoce como prueba de no paternidad, sin embargo el tener en nuestras manos una prueba de no paternidad podría ser un arma de dos filos en cuanto a que esta sería usada para deslindar cualquier responsabilidad de un sujeto que en realidad sí tuviera obligaciones para con su hijo y en este caso la ley siempre como ya lo habíamos dicho con antelación se preocupa por proteger al menor cuando son casos en los cuales los intereses que están en juego son los de un menor de edad o bien un discapacitado, y

¹⁵ *Ibidem* Pág. 18



en el caso de personas que aunque ya sean mayores de edad tengan derecho a ser reconocidos o bien a participar en una sucesión testamentaria, también tienen la protección de la ley, aunque hay que recordar que cuando se inicia una acción de reconocimiento ya sea de paternidad o maternidad como ya lo habíamos dicho antes, tendrá que ser cuando los presuntos progenitores se encuentren en vida.

Empero a lo referente a la prueba de no paternidad es muy estricta en el aspecto de que se hace necesario probar que el marido de una mujer se encontraba imposibilitado de una forma terminantemente absoluta para cohabitar con ella durante todo el tiempo en que se hace posible la concepción, aquí podemos observar que la ley intenta proteger los derechos de las personas, de tal suerte que para poder ejercer una acción de no paternidad por lo menos se deben tener a la mano todas aquellas pruebas que acrediten que no es posible tener ningún vínculo de filiación respecto de otra persona que exige ese derecho, pero la ley también se muestra abierta a aquellos casos en los cuales de verdad no existe ningún vínculo de filiación y por lo tanto ninguna obligación con el presunto hijo.

Por lo anterior, me refiero a la prueba de no paternidad y a aquellas definiciones un tanto médicas, por las cuales podríamos preguntarnos ¿cuál es la trascendencia que tienen en el derecho?; y aunque se nos haga un poco raro tratar de relacionar terminología médica con el derecho, es que en base a esta podemos saber con certeza si existe una relación de filiación entre una persona y otra y con ello dar origen a una serie de derechos y obligaciones como por ejemplo podría ser el derecho a los alimentos, o bien, a participar de una sucesión, así que todo lo visto con anterioridad como son los genotipos, hablotipos, cariotipos, etc., sí tienen una trascendencia dentro del derecho, en específico del derecho familiar, porque también debemos recordar que el derecho se auxilia de la medicina para poder aplicar con mejor exactitud la norma al caso concreto.

Pero aquí también nos encontramos con un problema y es que la ley no es muy amplia en el sentido del derecho familiar, ya que si bien es cierto mancha a los alimentos, el parentesco, la violencia familiar, la paternidad y la filiación, la adopción, legitimación, etc., no es específica en cada uno de los casos; es decir, es muy escueta en cuanto al derecho de familia.

cosa que no ocurriría de existir un ordenamiento legal exclusivo al derecho de familia, mismo que se propone en este trabajo de tesis. Y de existir un ordenamiento especial para el Derecho Familiar, creo que se podría proteger más a la familia en sus derechos y sus obligaciones y no sólo eso, sino que también contaríamos con un verdadero fundamento al aplicar las pruebas a las que no hemos referido con antelación.

2.6 Tipos de hijos

2.6.1 Hijos de matrimonio

Por lo tanto para ser considerado hijo de matrimonio deberán de concurrir ciertas situaciones que al presentarse no dejarán lugar a duda de que un hijo ha sido procreado dentro de los confines del matrimonio:

1. Debe de existir un matrimonio válido entre los padres.
2. El hijo debe ser alumbrado por la mujer casada.
3. El hijo debe ser engendrado por el marido;
4. La concepción debe de originarse dentro del matrimonio

De tal suerte que con lo anterior en los dos primeros casos son fáciles de probar, ya sea con el acta de matrimonio o bien con el documento que acredite que una mujer dio a luz en algún lugar establecido para ello; en cambio en los dos últimos supuestos es un poco más difícil determinar o probar la realidad de aquellos, mas no imposible. Si bien es cierto es un poco más complicado y se necesitan de la colaboración de ciencias específicas como sería una prueba de genotipo o carotipo, prueba cuyo fin es determinar si un presunto hijo lo es en realidad de un determinado hombre, el cual sería el marido de la mujer, pero a fin de cuentas no es imposible saber o determinar la posible paternidad de un hombre, empero en el último caso existe la presunción que da la ley para determinar si no con exactitud sí con apego a la realidad los plazos dentro de los cuales debe tener lugar la concepción para considerarse hijos de matrimonio.

2.6.2 Hijos nacidos fuera de matrimonio

Los hijos nacidos fuera de matrimonio, son los más conocidos comúnmente como hijos naturales "los hijos naturales son aquellos que han sido engendrados por personas que no están ligadas por un vínculo matrimonial"¹⁶.

Son aquellos hijos que han sido procreados fuera del matrimonio y que desgraciadamente y aún con el paso del tiempo siguen siendo estigmatizados por la sociedad, quien ve con malos ojos que de una relación que no esté legalmente constituida nazca un hijo, sin embargo el hecho de ser un hijo natural no coarta sus derechos que tiene respecto de las relaciones paterno filiales: es decir, un hijo nacido de matrimonio y un hijo natural van a tener iguales efectos respecto de ciertas situaciones como por ejemplo serían los alimentos, los cuales tienen derecho a recibir y la obligación alimentaria respecto de sus progenitores, el derecho sucesorio, la patria potestad, así como el derecho de usar el nombre de su padre.

Ahora bien, el derecho no deja desprotegidos a los hijos naturales, empero la filiación de estos hijos respecto de sus padres solamente se puede dar por el reconocimiento. En el caso del padre como lo estipula el artículo 360 del Código Civil Federal solamente se dará por el reconocimiento voluntario o mediante sentencia que declare la paternidad, por el contrario la filiación materna se establece por medio del nacimiento, lo que hace un reconocimiento forzoso.

Sin embargo en el caso de la filiación paterna, como no se puede estar en espera de un reconocimiento voluntario por parte de aquél, también la ley prevé la posibilidad de una sentencia que declare la paternidad y para poder obtener una sentencia favorable puede ejercitarse la acción de investigación de paternidad, la cual consiste en la prueba vista con anterioridad, de esta manera la ley protege los derechos de los hijos que nacen fuera del vínculo matrimonial. Así mismo la ley protege al reconocimiento como lo establece el artículo 367 del mismo ordenamiento, el cual a la letra nos establece "el reconocimiento no es

¹⁶ GALINDO GARRAS, Ignacio *Op. Cit.* Pág. 684

revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque no se tiene por revocado el reconocimiento”.

Como ya lo hemos visto, regularmente en los casos de filiación natural por parte del padre es cuando entramos en conflicto, pero en el caso de la filiación materna se acredita por el parto de la madre y la identidad de su hijo; en el primer caso para acreditar el parto o nacimiento de un hijo se admiten toda clase de pruebas como por ejemplo el acta de nacimiento en la cual debe de aparecer el nombre de la madre o bien el acta por la cual esta haga el reconocimiento de su hijo y a falta de estas dos (como en el caso de la filiación natural paterna) mediante una sentencia que declare la maternidad. Y en lo que respecta al segundo caso la identidad de un hijo se acredita con la prueba testimonial.

Ahora bien, podemos también encontrarnos ante dos situaciones, cuando un hijo es menor de edad y cuando ya es mayor de edad; como lo estipula el artículo 275 del multicitado Código Civil vigente para el Distrito Federal “el hijo mayor de edad no puede ser reconocido sin su consentimiento, ni el menor de edad sin el de su tutor si lo tiene, o del tutor que el juez le nombrara especialmente para el caso”. Aquí como podemos ver cuando un hijo es mayor de edad se le toma en cuenta para saber si es su voluntad o no aceptar que su (s) progenitor (es) lo reconozca (n) pero también hace referencia a los hijos que son menores de edad, en el caso que su tutor hubiera aceptado el reconocimiento, el hijo al llegar a la mayoría de edad puede reclamar en contra de este como lo manifiesta el artículo 376 del Código Civil para el Distrito Federal, y de hecho conforme al 377 del mismo, tiene dos años para hacer valer esta acción contados desde que el hijo sea mayor de edad.

Como pudimos darnos cuenta la única diferencia entre los hijos de matrimonio y los hijos naturales radica en que los primeros nacen cuando los padres están unidos en un vínculo matrimonial y los segundos nacen cuando sus progenitores no están unidos legalmente; pero sus derechos y obligaciones como hijos son los mismos, como por ejemplo llevar el apellido de quien lo reconoce, ser alimentado y participar en la sucesión hereditaria y a percibir los alimentos que fije la ley.

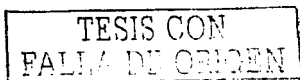
2.6.3 Hijos adoptados

Es mejor conocida esta filiación como civil, este tipo de filiación es creada para aquellas personas que no han tenido la dicha de procrear hijos y que tengan un gran deseo de ser padres. Como lo dice el artículo 395 del referido Código Civil para el Distrito Federal, "el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos"; así mismo también manifiesta que el adoptado tiene derecho de llevar el nombre y apellidos del adoptante salvo que por determinadas circunstancias no se estime conveniente; cabe mencionar que así como se obliga al adoptante a ser como un verdadero padre con el adoptado, éste también tiene derechos y obligaciones para quienes lo adopten tal como lo manifiesta el artículo 396 del referido código.

Empero para poder adoptar se deben seguir ciertos requisitos que la misma ley prevé y los cuales se deben de cumplir en su totalidad, ya que se esta tratando del bienestar de una persona menor de edad o que se encuentra en un estado de interdicción. A diferencia de los casos que se preveían con anterioridad en la adopción simple, la cual en la Legislación Civil para el Distrito Federal ya se encuentra derogada.

Sin embargo la adopción que sí es irrevocable es la plena, la cual con las reformas al Código Civil para el Distrito Federal es la única que rige, pero con la diferencia de que ha dejado de llamarse adopción plena, para solamente llamarse adopción en donde se equipara al adoptado como el hijo consanguíneo del adoptante para todos los efectos legales incluyendo el impedimento de matrimonio (art.410-A), el adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y deberes y obligaciones del hijo consanguíneo y debe de llevar los mismos apellidos del adoptante.

El ser un hijo adoptado no es motivo para hacer sentir a aquella persona menos miembro de una familia, porque al momento de ser adoptado por alguien el objeto de esta, es tener los mismos derechos y obligaciones que los que tiene un hijo con sus padres. Además hay que



recordar que el adoptado está protegido por la ley mediante la existencia del Ministerio Público del domicilio del adoptado, así como las Instituciones de Asistencia Social y Pública que haya acogido al menor o al incapacitado que se pretende adoptar, como en sus fracciones IV y V del artículo 397 del Código Civil para el Distrito Federal lo expresa.

2.6.4 Hijos incestuosos

El incesto se define "como los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes así mismo entre hermanos", según el artículo 272 del Código Penal Federal.

Ahora bien, los hijos nacidos de estas relaciones son los llamados incestuosos y hay que recordar que sus progenitores tienen impedimento para celebrar matrimonio, como bien lo dice el artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal en su fracción III

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

Por lo anterior se puede definir tal como lo dice Trabucchi "son los concebidos ligados entre sí por un vínculo de afinidad o parentesco constitutivo de impedimento no dispensable para el matrimonio"¹⁷.

En lo que hace a este tipo de hijos podríamos preguntarnos ¿cuál es su situación ante el derecho?, si bien es cierto que los progenitores tienen un impedimento legal para contraer matrimonio y en el Derecho Penal el incesto constituye un delito el cual es castigado con uno a seis años de prisión para ascendientes que tengan relaciones sexuales con descendientes, a estos últimos se les aplica de seis meses a tres años de prisión, igualmente a los hermanos que incurran en incesto. Empero las criaturas nacidas de este tipo de relaciones entre parientes no

¹⁷ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1967. pag. 106

tienen culpa alguna de los actos cometidos por sus padres y es el caso que el derecho ante tal situación los protege como lo hace con los hijos de matrimonio, naturales y adoptados, ya que nuestro derecho y en específico nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente no hace distinción alguna entre los hijos incestuosos de los hijos adulterinos, así mismo solamente reconoce y protege a los hijos habidos en las relaciones anteriormente vistas.

Afortunadamente como lo habíamos dicho con anterioridad se han quitado estigmas de nuestro derecho; es decir, aquellas marcas sociales que señalaban a las personas por los actos cometidos por sus padres y respecto de los cuales eran inocentes.

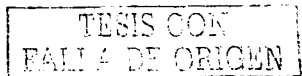
Ahora bien, también puede presentarse el caso de que los progenitores al momento de la concepción no estuvieran enterados del vínculo de parentesco que los unía y de ser así su hijo puede ser reconocido por el padre o padres que ignoraban el vínculo existente.

De tal suerte que los hijos incestuosos tienen derecho a alimentos, a participar en alguna sucesión y a los demás derechos que como hijos les corresponden frente a sus padres.

2.6.5 Hijos adulterinos

Nuestro derecho se ha hecho cada vez más flexible porque expresa que todos los hijos deben de ser protegidos en sus derechos y obligaciones, no importando el origen de la criatura o del hombre, o si ya es o no mayor de edad, sino que siempre velará por los derechos y los intereses de los más desprotegidos; lo anterior sin que el derecho caiga en una demagogia, ya que lo único que quiere es establecer un equilibrio para la sana convivencia de los hombres en la sociedad.

Los hijos adulterinos "son los nacidos de padres de los que al menos uno de ellos en el momento de la concepción estaba unido en matrimonio con otra persona"; estos hijos pueden ser reconocidos por ambos padres en forma sucesiva o simultánea y en el caso de hacerlo en



forma separada, se estará a lo que expresa el artículo 370 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que solamente se asentaron los datos del compareciente.

Cabe recordar que el adulterio es una causal de divorcio contemplada en el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, así como el artículo 273 del Código Penal para el Distrito Federal lo estipula como una conducta delictiva; por lo que podemos decir que este tipo de relación no solamente causa efectos civiles sino también penales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPTULO III PATERNIDAD

En relación a la paternidad como ya lo hemos mencionado, ésta constituye conflictos para establecer la filiación respecto de una persona con otra, en específico la filiación natural, ya que como podemos recordar la filiación matrimonial es más fácil de acreditar que aquella que se da cuando los procreitores no están unidos por un vínculo matrimonial, empero la paternidad tiene sus antecedentes históricos dentro del derecho romano con el pater familias, así como en otras leyes, por ejemplo la ley Judía¹⁸.

Empezaremos por recordar que dentro de nuestro derecho romano se encontraba la figura jurídica del pater familias y éste era una figura tan importante para el derecho de aquél tiempo, que alrededor de él giraba no solamente la vida o el núcleo familiar, sino también la vida misma de los hijos, la esposa, los esclavos (a quienes el derecho no consideraba personas sino cosas) y la masa patrimonial de aquel núcleo en el cual estuviera presente esta figura la cual como bien lo llama el autor Margadant es un "monarca doméstico"¹⁹.

El pater familias tenía tanto poder dentro de la domus romana que incluso podía imponer la pena de muerte a los miembros de aquella, lo que le daba en cierta forma la calidad de un juez; sin embargo en Roma no era necesario ser padre de alguien para llegar a ser pater familias; este término no se refiere propiamente a ser padre de alguien, sino su significado es "el que tiene poder sobre los bienes domésticos"²⁰ y para llegar a ser pater familias debía ser un romano libre y sui iuris, no importando su condición de soltero o casado, o bien, si tiene hijos o no, por lo tanto era aquella persona que tenía plena capacidad de goce y de ejercicio y al ser una persona libre la domus entera depende de él y de su situación jurídica, de tal forma que si el pater familias llegase a convertirse en esclavo, toda la domus compartía su esclavitud.

Ahora bien, haciendo una breve comparación con la ley judía podemos encontrar cierta similitud con las leyes de Roma, si bien es cierto en la ley judía la figura jurídica del pater

¹⁸ TRABUCCHI, Alberto. *Op. Cit.* Pág. 198

¹⁹ MARGADANT, Guillermo. *Op. Cit.* Pág. 196

²⁰ *Ibidem*

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

familias no existe como tal, reconoce la figura de la paternidad y existen ciertas situaciones que son parecidas con el Derecho de Roma, como por ejemplo la ley judía considera al padre como el jefe de la familia y aquél que debía continuarla "los censos de los antiguos israelitas se realizaban según la casa de sus padres"⁵¹ y la herencia y privilegios en este caso sacerdotales se transmitían de padre a hijo; lo que en este caso podríamos asemejarlo a la esclavitud a la cual nos referimos en párrafos anteriores, la condición del padre la hereda el hijo. Sin embargo a través de los años nuestro derecho se ha ido modificando de tal forma que la figura del pater familias y sobre todo su poder sobre la domus ha desaparecido y ahora nos encontramos con una sociedad civilizada en la cual la paternidad tiene una importancia especial para nuestro derecho.

Ahora bien, nos hemos encontrado hablando en multitud de ocasiones de lo que es paternidad y lo que es filiación, empero también se hace necesario destacar la diferencia que existe entre una y otra figura jurídica, la cual estriba en que la filiación nos indica de donde provenimos: es decir, nuestra procedencia y la podemos establecer desde nuestros antepasados, empero la paternidad no, ya que esta solamente se refiere al padre o progenitor, si bien es cierto también hay una relación de filiación, la paternidad es el vínculo directo en esta relación.

La paternidad es un vínculo o relación que existe entre dos personas entre sí, en la cual una persona es padre de otra; afortunadamente y como ya lo hemos venido mencionando, la paternidad es un hecho que se puede demostrar mediante pruebas elaboradas y con ayuda de la ciencia para obtener una certeza cuando se imputa una presunción de paternidad.

⁵¹ *Enciclopedia Judáica Castellana 8* Tomo Editorial Enciclopedia Judáica Castellana, México 1980, pag 367

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

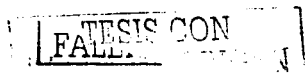
3.1 Presunción de paternidad

A lo largo de nuestro tema hemos mencionado la presunción de paternidad, sin embargo, debemos recordar que una presunción es una suposición, es partir de un hecho conocido que nos lleve a conocer la verdad de otro hecho del cual tenemos dudas o bien que no se conoce: ahora bien, dicha suposición o presunción de paternidad la hemos relacionado con la filiación a fin de conocer la verdad sobre el origen de una persona y con ello establecer los derechos y obligaciones que con motivo de la filiación se originan, para el progenitor o sus descendientes.

Si bien es cierto la paternidad es un hecho un poco complicado para tener una certeza sobre la filiación respecto de un hijo. Y a pesar del paso del tiempo y de la modificación a las leyes, la mujer como cónyuge o concubina siempre ha sido víctima de dudas sobre su fidelidad hacia el marido, ya que hay autores como Marcel Planiol que nos habla de que si una mujer casada tuviera que demostrar la verdadera paternidad de su marido respecto de su hijo sería casi imposible⁵², pero desde mi punto de vista no estoy de acuerdo con el autor, ya que no tiene una mujer casada que demostrar la verdadera paternidad de su marido respecto de su hijo, de hacerlo o simplemente suponerlo, se le estaría llamando a una mujer adúltera y dicha suposición atentaría gravemente contra la dignidad y la moral de una mujer casada, empero la ley interviene en la presunción de la paternidad con la llamada presunción legal y la cual basándonos en el autor antes citado "el hecho conocido es el matrimonio en que ha vivido la madre, la paternidad es el hecho desconocido ¿quién es el padre del hijo de aquella?"⁵³. Y en este caso la ley presume que el marido de la mujer es el padre del hijo que esta ha tenido, sin olvidar los plazos que la ley prevé para presumir la paternidad de un hombre, cuando éste ha contraído matrimonio con una determinada mujer.

Y de esta manera la presunción de la paternidad queda establecida por la ley de tal suerte que cuando un hijo ha nacido dentro de un matrimonio al quedar establecida la filiación

⁵² PLANIOL, Georges R. *Op Cit* pag. 226
Ibidem pag. 206



materna, no se tiene por qué demostrar la filiación paterna y al ser el marido de la madre, se presume que aquél es el padre del hijo que la anterior dio a luz.

Sin embargo, como podemos darnos cuenta esta presunción de paternidad protege solamente a los hijos de matrimonio y por lo tanto cabe mencionar que los hijos que han sido concebidos después de la disolución del matrimonio no gozan de esta presunción, recordando el término de los trescientos días, si un hijo nace luego de este término cuando el matrimonio ya ha sido disuelto, no se considerará legalmente como hijo del ex marido de la madre, empero existen otros medios para acreditar en su caso la posible paternidad de un hombre.

En lo que respecta a los hijos concebidos antes de la celebración del vínculo matrimonial, cuando los padres de estos contraen nupcias: el padre lo hace con el conocimiento de que su mujer se encuentra en cinta y es por esta razón que el padre se casa con la mujer, protegiendo al hijo con el reconocimiento que el padre hace de él, por lo tanto se dice que el hijo goza de la regla "Pater is est quem nuptiae demonstrant"⁵¹, que quiere decir "el hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido".

3.2 Plazos para la paternidad

Para que una paternidad sea acreditada o verdadera debe de colocarse en términos específicos que la ley prevé, ya que como lo hemos establecido con anterioridad, existen ciertos plazos en los cuales se debe de adecuar un embarazo, para que el producto de aquél tenga todas aquellas prerrogativas que la ley concede respecto de la paternidad de un determinado hombre.

Empero como también lo hemos referido, la presunción "pater ist quem nuptiae demonstrant", protege solamente a aquellos hijos que han nacido dentro de un vínculo matrimonial entre sus padres, para lo cual se tiene el plazo de ciento ochenta días posteriores a

⁵¹ *idem*

la celebración del matrimonio, dicho plazo obedece a términos científicos en los cuales un ser humano es viable; es decir, que tiene posibilidades de nacer cuando una mujer se encuentra en estado de embarazo y se presume que es hijo del marido debido a las relaciones sexuales que tuvieron lugar entre los esposos, suponiendo que la mujer haya quedado preñada en el primer día del matrimonio; en el caso de que el hijo naciera exactamente en el día número ciento ochenta, sin embargo, cuando el matrimonio se ha disuelto y la mujer ha quedado embarazada; su hijo tendría que nacer dentro de los trescientos días posteriores de que se llevó a cabo la disolución del matrimonio, considerando que la mujer haya quedado en estado de gravidez el último día de matrimonio, por lo cual su hijo debería nacer en el día trescientos como máximo para que se considerara hijo del marido.

Dichos plazos de los cuales hemos hablado son extremos, tomando en cuenta que el embarazo dura aproximadamente trescientos días como máximo; de tal suerte que "se presumen hijos de matrimonio los nacidos después de ciento ochenta días de celebrado el acto matrimonial, y antes de los trescientos días de la disolución de éste"⁵⁵.

Podemos hablar de que la presunción "pater est" tiene sus bases en dos supuestos :

- A) La fidelidad de la esposa hacia el marido, lo cual quiere decir que única y exclusivamente haya tenido relaciones sexuales con este último.
- B) La posibilidad del esposo para engendrar, lo cual quiere decir que éste se encuentre en un estado físicamente apto para tener hijos.

Si el hijo naciera antes de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio; el esposo podría desconocerlo como hijo suyo, por lo tanto no gozan de la protección de la presunción referida con antelación, sin embargo el esposo no podrá desconocerlo si durante el matrimonio su cónyuge concibe mediante las técnicas de fecundación asistida si existió consentimiento expreso en dichos métodos, como lo expresa el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

BAQUETRO B., Edgard y BUI-NROSTRO BAL Z., Rosalva *Derecho de Familia y Sucesiones* Harla Mexico 1990 pag. 182.

3.3 Conflictos de paternidad

Si bien es cierto nos hemos referido con antelación a los hijos nacidos dentro de un vínculo matrimonial y a los plazos dentro de los cuales un hijo es considerado "hijo de matrimonio" y de esta manera establecer así la filiación que tiene aquel con sus progenitores; empero también nos encontramos con los conflictos que surgen respecto de la paternidad como lo son el hecho de que una mujer contraiga nuevo matrimonio con un hombre contraviniendo el artículo 158 del Código Civil Federal, que a la letra dice " la mujer no puede contraer matrimonio sino hasta pasados trescientos días después de la disolución del vínculo matrimonial a menos que dentro de ese plazo diere a luz un hijo". Sin embargo, el Código Civil para el Distrito Federal vigente, no contempla esta situación.

Dentro de la Legislación Civil Federal, en su artículo 334 se contemplaba que "en los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación". En este supuesto cuando una mujer conculecaba este artículo casándose antes de los trescientos días y diere a luz a un hijo dentro de este plazo había una duda sobre la paternidad, ya que el marido puede ser o no el padre y era así donde se suscitaban los conflictos de paternidad, así mismo se preveían reglas por las cuales se determinaba la filiación:

- A) Se presume hijo del primer matrimonio el que nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de los ciento ochenta días de la celebración del segundo. Lo anterior como ha quedado establecido con anterioridad el plazo máximo para que un hijo sea considerado de matrimonio es el de su nacimiento efectuado trescientos días posteriores a la disolución de aquél tomando en cuenta la posibilidad de que la concepción hubiese tenido lugar el último día del matrimonio y como bien hemos mencionado aquél hijo que nazca antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio puede ser desconocido por el marido de la mujer.
- B) Se considera hijo del segundo matrimonio, el nacido después de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio aunque el nacimiento se haya producido

dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. En este supuesto como científicamente se ha comprobado que a los ciento ochenta días de embarazo la criatura es viable, suponiendo que el momento de la concepción se haya dado el primer día de matrimonio, se reputa hijo del segundo marido aunque la mujer hubiere conculcado el plazo que indica el artículo 158 C.C.F. para volver a contraer matrimonio.

- C) Es hijo nacido fuera de matrimonio el que nace antes de ciento ochenta días de celebrado el segundo matrimonio y después de trescientos días de disuelto el primero. Lo anterior en virtud de que el hijo no se encuentra dentro de ninguno de los dos plazos para ser considerado hijo de matrimonio.

Sin embargo hay que recordar que en nuestra Legislación Civil vigente para el Distrito Federal, ya no se contemplan estas reglas para determinar la filiación de una persona, ni tampoco prevé los conflictos que pudieran suscitarse en relación con la paternidad.

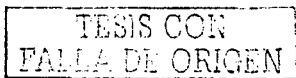
Cabe mencionar que el hombre que pretenda negar una de estas presunciones de paternidad, lo debe probar absolutamente con su imposibilidad física y de esta manera nulificar cualquier relación de filiación que pudiera haber tenido con el hijo que el le atribuya.

Por otra parte como lo dice Galindo Garfias "frente al conflicto de dos presunciones legales una de carácter general mencionada en el artículo 328 fracción I y otra especial establecida para el caso de conflicto de paternidad a que alude la fracción I del artículo 334 del Código Civil Federal, debe prevalecer esta última"⁵⁶ lo cual es correcto ya que en la presunción del artículo 334 del referido código se habla de los límites científicos comprobados para reputar a un hijo como de matrimonio.

3.4 Acciones de paternidad

En virtud de los conflictos de paternidad vistos con antelación, existen acciones que pueden ser ejercitadas por el presunto padre para demostrar que un determinado hijo respecto del cual

⁵⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio *Op. Cit.* pag 651



se le imputa su filiación no lo es realmente. Y como habíamos dicho existen dos supuestos para establecer la presunción pater is est , que son la fidelidad de la esposa y la posibilidad del marido para engendrar; empero al no cumplirse alguno de estos dos supuestos, el marido tiene la acción para desconocer la paternidad que una mujer le imputa y estas acciones a ejercitar pueden ser:

La impugnación de maternidad, la cual tiene como objeto primordial negar que una mujer es madre de un determinado hijo y los casos de esta impugnación se dan generalmente cuando hay una suposición de parto y por lo tanto simulación de gestación; por lo que las hace inexistentes, o bien cuando se sustituye a un niño por otro recién nacido; en este caso, si por ejemplo se quería a un hijo de sexo distinto al que nació o bien, si no fue un niño viable.

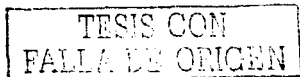
También se da la impugnación de legitimidad, que al igual que la anterior puede ser ejercitada en cualquier tiempo por cualquier persona que tenga algún interés en dicha impugnación y aunque esas acciones no son menos importantes que las del desconocimiento de paternidad en esta última nos detendremos un poco para analizar lo que es en realidad el desconocimiento de la paternidad y los efectos que produce en la relación paterno filial.

3.4.1 Acción de desconocimiento de paternidad

“Se llama desconocimiento al acto cuyo objeto es destruir la presunción de paternidad establecida contra el marido, en los casos en que éste pueda ser el padre del hijo”⁵⁷.

La acción de desconocimiento de la paternidad tiene lugar cuando el hijo respecto del cual se le imputa a un determinado hombre su paternidad nace antes de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio, o después de trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial, si es que no ocurre alguno de los supuestos del artículo 328 del Código Civil para el Distrito Federal. Cabe mencionar que esta acción solamente corresponde ejercerla al marido o a sus herederos en casos muy especiales como lo veremos más adelante, en el caso

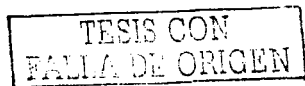
⁵⁷ PLANIOL, Georges *Op. Cit* pag 208



de desconocimiento de la paternidad se habla de la carga de la prueba, ya que sería muy fácil para un hombre alegar que él no es el padre de un hijo cuando en realidad sí pudo haberlo sido, pero un hombre puede negar la paternidad que se le imputa, debiendo tener éste la carga de la prueba cuando un hijo nace después de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o bien, dentro de los trescientos días después de la disolución de éste, la prueba consiste en demostrar que el hombre en este caso el marido no pudo tener un acercamiento carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que dura un embarazo, lo anterior atendiendo a un mínimo y a un máximo, ya que debemos recordar que para que un hijo sea viable debe contar por lo menos con ciento ochenta días desde su concepción. Hay autores como Trabucchi⁷⁸ que hablan de ciertas imposibilidades, las cuales el marido debe acreditar las cuales son :

- A) Imposibilidad material: en virtud de la cual a un marido le fue imposible cohabitar con su mujer, digamos que es la ausencia de éste dentro de los ciento veinte días, el cual es el plazo legal de concepción y por este hecho no puede ser el padre del hijo que se le reputa.
- B) Imposibilidad física: en virtud de la cual en el momento mismo de la concepción el marido era impotente, definiendo a la impotencia como una incapacidad ya sea orgánica o psíquica del hombre para realizar el acto sexual a consecuencia de una inhibición que puede darse en alguna de las fases de éste.
- C) Imposibilidad jurídica: es decir, cuando los cónyuges han estado separados legalmente durante todo el tiempo de la concepción, por ejemplo si el marido se encuentra privado de su libertad y durante ese tiempo en el cual se encuentran separados tiene lugar la concepción.
- D) Imposibilidad moral: en este tipo de imposibilidad como lo establece el autor citado se da cuando una mujer comete adulterio y a consecuencia de éste da lugar a la concepción, oculta el embarazo y el nacimiento; de tal suerte que con este comportamiento demuestra que el hijo no es de su marido sino de aquél hombre con el cual cometero adulterio.

⁷⁸ TRABUCCHI, Alberto, *Op. Cit.* Pág. 306



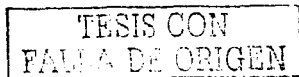
Sin embargo la carga de la prueba le corresponde a la mujer cuando su hijo nace después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio y le repunte a su ex marido la paternidad de su hijo recién nacido, quizá en este caso como un ejemplo muy particular los progenitores pudieron haber tenido relaciones sexuales después de la disolución del matrimonio y de esta situación provenir un embarazo.

Empero como ya nos habíamos referido en el supuesto de la imposibilidad moral, podemos darnos cuenta de la gravedad de la situación, ya que a la mujer se le está imputando el adulterio conducta que es sancionada por el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 273. Y si bien es cierto se habla del adulterio motivo por el cual el marido puede desconocer a ese hijo, el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal nos manifiesta que el marido no puede desconocer a los hijos de la madre alegando el adulterio aunque la madre declare que no son hijos de su esposo, solamente si como en el supuesto antes mencionado hay ocultamiento del nacimiento o bien, se demuestre que durante los diez meses que antecedieron al nacimiento no tuvo relaciones sexuales con su esposa.

Ahora bien, en el caso de que una mujer estando casada tuviera relaciones sexuales con otro hombre diferente a su marido y de esta acción aquella quedara en estado de gravedad, el hijo se presupone que es del marido de la esposa ya que también existe la cohabitación entre los cónyuges, lo que da al hijo mayor seguridad jurídica, social y moral.

Se habla de que para ejercitar la acción de desconocimiento de paternidad se tienen sesenta días contados a partir del nacimiento si está presente, desde el día en que llegó al lugar si estuvo ausente, o bien desde el día en que descubrió el fraude si se le ocultó el nacimiento como lo expresa el artículo 330 del Código Civil para el Distrito Federal.

También hablábamos de que hay casos en que el marido por diversas circunstancias no pudiera ejercitar la acción, lo pueden hacer sus herederos o su tutor en determinados casos:



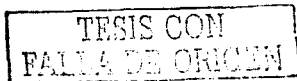
1. Si el esposo ha entablado una demanda de desconocimiento de paternidad ante juez competente y muere, sus herederos pueden contradecir la paternidad como lo hubiera hecho el padre, de no haberla entablado el primero; los herederos tienen sesenta días para comenzar la demanda contados desde el día en que el hijo haya tomado posesión de los bienes del padre; empero hay una excepción, los herederos no pueden contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio cuando el esposo no haya comenzado la demanda. (art. 333 Código Civil para el Distrito Federal).

2. En el caso de que el marido se encuentre en estado de interdicción, se dice que su tutor es quien puede ejercitar la acción de desconocimiento en el mismo término y de no hacerlo éste lo puede hacer valer el esposo en cuanto se encuentre legalmente apto para ejercitar esta acción, o bien volviendo al caso anterior cuando haya fallecido sin recobrar la razón lo pueden hacer valer sus herederos.

Es de esta manera que la ley prevé acciones para que puedan ser ejercitadas por el marido de una mujer que no ha sido responsable de un embarazo que a él se le atribuye.

3.5 Reconocimiento de paternidad

Para el caso del reconocimiento de la paternidad; este se lleva a cabo cuando existe una filiación extra matrimonial, como lo hemos visto cuando dos personas están unidas por un matrimonio y su hijo nace dentro de los plazos que la ley prevé para ser considerado como hijo de matrimonio, no necesita del reconocimiento que un padre le haga a su hijo; empero en los casos de que un niño nazca antes de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio o bien, después de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial es cuando puede darse el caso del reconocimiento, el cual generalmente es hecho por el padre ya que éste es quien reconoce, ya que como hablábamos en el capítulo anterior la mujer hace un reconocimiento forzoso de su hijo al momento del nacimiento quedando de esta manera establecida su filiación con su hijo.



Por lo que hace al reconocimiento, éste es un acto voluntario; el cual puede ser unipersonal o bipersonal; es decir, que puede ser realizada por uno o ambos progenitores ya sea en un mismo acto los dos o bien, de forma separada y se debe de realizar en la forma que la ley prevea dicho acto. Cabe mencionar que el reconocimiento que haga solamente un progenitor producirá efectos única y exclusivamente para quien reconoció y no para aquél progenitor que no lo hizo.

Como lo expresa el artículo 369 del multicitado Código Civil vigente para el Distrito Federal, el reconocimiento puede hacerse de alguno de los siguientes modos:

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

Para realizar el reconocimiento no es necesaria la autorización del otro cónyuge, además de que aquél no es un acto revocable. Empero sí es anulable cuando un menor de edad previo consentimiento de sus tutores o de quienes ejerzan sobre él la patria potestad, hubiere reconocido a un hijo y existiera un error o engaño al haber hecho este acto solemne. Sin embargo aquí en este caso a lo que alude nuestra legislación civil es al reconocimiento que haga un hombre de su hijo y de la voluntad que debe de existir sobre quien ejerza sobre de aquél la patria potestad cuando es menor de edad, también debería de tomarse en consideración la aceptación de la mujer para que un hombre reconozca a su hijo, ya que puede desacreditarla, es decir, ocasionarle un daño en su reputación y mucho más en el caso de una mujer que es casada.

Ahora bien, el reconocimiento hace existente la filiación que hay entre dos personas cuando es el progenitor el que reconoce, pero no en todos los casos es el progenitor quien reconoce a una determinada persona, en el primer caso estaríamos hablando de una filiación consanguínea, quizá como hijo natural pero filiación al fin y al cabo, en el segundo caso yo lo

vería como una filiación adoptiva ya que no hay lazos de sangre que unan a dos personas: el que reconoce y el reconocido.

Aquí también podríamos señalar la figura jurídica de la legitimación, la cual en el Código Civil para el Distrito Federal ha sido derogada, pero que con anterioridad surgía cuando los progenitores de una persona contraían matrimonio después de haber nacido su hijo y la celebración de el matrimonio hacía tener como nacidos dentro del vínculo matrimonial a los hijos habidos antes de su celebración. De esa manera un hijo podía gozar del derecho de considerársele hijo de matrimonio, por haber sido reconocido por sus padres antes de celebrarse el matrimonio o bien, al momento de celebrarse aquél.

Sin embargo en nuestra Legislación Civil vigente para el Distrito Federal, la figura jurídica de la Legitimación fue derogada y publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el día 25 de mayo del 2000, así mismo con la desaparición de esta figura desaparecen también lógicamente todos sus efectos.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO IV FORMAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA

La infertilidad se ha convertido en un problema entre las parejas de ayer y de hoy que algunas veces ha motivado el divorcio, también ha sido motivo de frustraciones que muy difícilmente se han podido superar; en la mayoría de los casos cuando una pareja decide unirse ya sea en matrimonio o bien en concubinato ha tenido por objeto el de crear su propia familia y cuando la infertilidad se ha hecho presente ha sido un obstáculo para tener una vida plena, porque la ilusión de muchas parejas es la de tener sus propios hijos y al no lograrlo aquellas son infelices y provoca en algunos casos su separación.

En la actualidad con los avances de la ciencia, se ha ido modificando también la vida de las parejas que por alguna razón generalmente física no pueden concebir hijos. Y en éste caso la ciencia ha intervenido a su favor con las nuevas formas de reproducción humana que logran que las parejas puedan tener sus propios hijos sin tener que recurrir a la adopción, como es el caso de las técnicas de reproducción "in vitro".

A pesar de que ésta nueva técnica de reproducción ha alcanzado cada vez mayor éxito, nos encontramos con obstáculos como es nuestra cultura, o mejor dicho la falta o deficiencia de ella, lo que nos impide adoptar o asimilar aquellas nuevas formas de reproducción.

Debemos recordar que en nuestro país desgraciadamente aún no estamos preparados para recibir un avance de la ciencia objetivamente y con la mentalidad abierta debido a que tenemos una cultura machista, la cual considera al sexo masculino superior al femenino y con ideologías como la de tener muchos hijos propios (como es el caso de la consanguinidad), de tal suerte que se califica a la fecundación in vitro como un acto inmoral y en contra de las leyes de la naturaleza y de Dios, en virtud de que dentro de esa ideología se encuentra el pensamiento de que si Dios como ser supremo no ha deseado enviar hijos a un matrimonio, los cónyuges deben resignarse. Pero ¿qué es lo que en realidad sucede con esa resignación?, lo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que hace son parejas infelices que no pueden realizarse como hombre o mujer al no poder concebir hijos.

Sin embargo la ciencia ha intervenido nuevamente para lograr como en muchos otros casos la felicidad del ser humano, dándole la posibilidad a las parejas de consolidarse como hombre y mujer en la preservación de la especie con estudios que han llevado años de investigación para que las parejas actuales conciban hijos propios. Volvemos a encontrarnos con otro obstáculo en la sociedad y es que en nuestro país no se proporciona información sobre la reproducción asistida, digamos que lo poco que se sabe es por la escueta información de noticieros o por alguna información escrita, pero si nos detenemos a reflexionar un poco ¿realmente estamos bien informados de lo que es la reproducción asistida, de los riesgos, beneficios y requisitos que hay que cumplir para poder tener acceso a ella?, la respuesta es negativa y es que si se difundiera de una manera correcta por los medios adecuados para hacerle llegar la información a nuestra población podría acabar con la vida infeliz y frustrada de muchas parejas y evitar de esta manera los fracasos matrimoniales que dañan al ser humano.

Pero en virtud de que ahora en el siglo XXI aunque parezca imposible no se ha difundido correctamente este tema ni su importancia, de tal suerte que habrá parejas que sigan sufriendo los estragos de la infertilidad con consecuencias como la frustración y en otros casos el divorcio, hasta que la misma gente por iniciativa propia investigue con médicos capacitados en las nuevas formas de reproducción humana; la manera de concebir un hijo por un método diferente a la inseminación natural, hasta que la gente cree su propio criterio el cual tendrá que ser muy amplio para aceptar que esta reproducción asistida ni es un pecado, ni que tampoco los hijos concebidos de esta manera serán menos hijos suyos que uno que hubiesen podido concebir de forma natural, el cual obviamente no podrá existir.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

4.1 Progreso científico en materia de reproducción humana y su trascendencia en el derecho familiar.

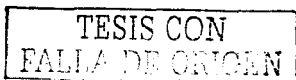
La vida del hombre en sociedad está regulada por el derecho; así mismo al surgir cambios en la vida de los hombres y de la sociedad entera, el derecho tiene que ir modificándose a fin de adecuarse a situaciones determinadas que se susciten en la vida del ser humano.

Si bien es cierto hasta los más pequeños detalles de la vida en sociedad el derecho los contempla y como dijimos en el párrafo anterior, la vida de una sociedad siempre se encuentra en un cambio constante, en el cual también se ven involucradas la ciencia, la medicina, la educación, las costumbres, nuestro derecho, etc.. Sin embargo, también existen problemas que desde hace ya mucho tiempo han sido los mismos y que no habían tenido solución sino hasta ahora: el problema referido es a la infertilidad el cual es un obstáculo físico y biológico para poder procrear, de tal suerte que hace algunos años si se deseaba tener un hijo y la pareja era estéril, la única forma de lograrlo era mediante la adopción; con el paso de los años y mediante investigaciones meticolosas científicas se ha logrado modificar a la reproducción humana de tal suerte que la genética y la biología sean manipuladas por el hombre para conseguir un solo objetivo: el de la procreación, no importando que esta no se haya producido de forma natural, hablamos de la reproducción artificial también conocida como reproducción asistida.

La inseminación artificial ha sido practicada desde hace muchos años en plantas principalmente, tiempo después fue experimentada en animales y en los seres humanos, obviamente cuando la técnica y los conocimientos de la fecundación artificial fueron mejorados de tal forma que permite practicarse en los seres humanos.

La fecundación artificial como lo dice el autor Mazzinghi "es la utilización de medios artificiales tendientes a procrear la inseminación de la mujer, cuando ese resultado no puede ser alcanzado por medio de la cópula."⁵⁹ Sin embargo habrá mujeres que deseen embarazarse

⁵⁹ MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia*. Editorial De Palma. 3ª Ed. Tomo II Buenos Aires s.a. Pág 125.



sin tener cópula con un hombre, lo que las lleva a tomar la opción de lograr tal objetivo por medio de la reproducción asistida, evitando o eliminando el factor humano.

Dentro de las nuevas formas de reproducción humana se encuentra la fecundación *in vitro*, el llamado arrendamiento de vientre, la congelación de esperma y la clonación como la máxima expresión de las nuevas formas de reproducción, todos ellos actos que más adelante analizaremos.

Ahora bien, ¿cuál es el enfoque que le da nuestro derecho, en especial el Derecho Familiar a estas nuevas formas de reproducción humana?. Si bien es cierto las reproducciones *in vitro* son un tema de actualidad, sobre el cual no se proporciona suficiente información, nuestros legisladores no han previsto esas situaciones; es verdad que existe la legislación de salud la cual prevé muy poco en lo que a la inseminación artificial se refiere; es decir, que no lo enfoca con la importancia debida y los legisladores no han previsto aún esta nueva situación que afecta algunas veces positiva y otras negativamente a nuestra sociedad. Es por eso que se requiere de una nueva legislación, en la cual solamente se atienda al aspecto familiar, en donde se incluyan aspectos como el de la filiación, las nuevas formas de reproducción, etc. Por lo tanto no podemos decir que la manipulación de la biología y la genética son actos ilícitos puesto que tampoco han sido conductas que puedan ser sancionadas civil o penalmente.

Por lo que hace a las nuevas formas de reproducción humana, han originado consternación en la sociedad, ya que al separar lo científico de lo moral, situación que en la mayoría de los casos no sucede; aún en nuestros tiempos nos es muy difícil aceptar los adelantos de la ciencia, los aceptamos cuando no vemos en ello nada que ataque a la moral ni a nuestras costumbres como por ejemplo la enfermedad del cáncer, la cual si se descubre a tiempo es curable y no nos importa someternos a los tratamientos u operaciones que sean con tal de seguir con vida, así mismo si se descubriera la cura contra el SIDA, estaríamos muy agradecidos con la ciencia y la medicina por proporcionarnos el remedio a ese mal y sería aceptado inmediatamente por la sociedad, pero cuando la ciencia busca intervenir en la vida de los hombres y mujeres que son por alguna causa una pareja infértil, ofreciéndoles el "remedio" o la "cura" para poder darles una vida plena; a pesar de que es una solución que les conviene

como pareja no la aceptan tan fácilmente y la sociedad reacciona como si se tratara de algo inmoral que atenta contra de sus valores y costumbres; no observando que aquél remedio puede ser la solución para que una vida frustrada desaparezca.

Aunado a lo anterior, también nos encontramos con otro obstáculo que es el miedo a lo desconocido, ese temor de la gente a lo nuevo por la falta de información, y es totalmente justificable ya que sí no nos informan de qué se trata y cómo es el proceso de estas formas de reproducción no se podrá tener la aceptación de la sociedad entera, porque aunque son temas de actualidad, éstos no se encuentran bien difundidos, además de que no están al alcance de todas las personas ya que las instituciones que prestan este tipo de servicios son privadas y el costo de la reproducción asistida es bastante elevado.

Ahora bien, debemos de pensar ¿cómo ve el derecho a la inseminación artificial?, no existe una legislación o una norma jurídica que nos manifieste la ilegalidad de esta nueva forma de reproducción humana, de hecho nuestro Código Civil para el Distrito Federal, se refiere al parentesco y a los hijos en general, no hace referencia si son hijos naturales, adulterinos, incestuosos o concebidos de una forma diversa a la forma natural de procreación, por lo que todos los hijos concebidos dentro y fuera del matrimonio así como los hijos que nacen de estas nuevas técnicas de reproducción tienen los derechos que la ley les confiere.

Dicho lo anterior la reproducción asistida es consecuencia de un acto jurídico, puesto que contiene los elementos esenciales y de validez que revisten todo acto, los cuales a continuación analizaremos.

En relación a los elementos esenciales, se observa al consentimiento y al objeto que deben de existir para que aquél acto jurídico pueda ser válido, por una parte el consentimiento de una mujer se da cuando acepta ser inseminada artificialmente o bien cuando acepta la implantación de un óvulo fecundado, pero en este tipo de acto si se puede revocar el consentimiento por parte de ésta hasta antes de ser inseminada artificialmente o fecundada, de tal suerte que al no revocar dicho consentimiento la mujer, aquella sabe que el nacimiento es un hecho que se originará como consecuencia de haber sido fecundada de manera artificial y por lo tanto no

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

puede negar ese conocimiento y si por alguna causa después de haber practicado ese procedimiento u operación a través del cual la mujer quedara en estado de gravidez y aquella quisiera revocar su consentimiento, sería totalmente imposible ya que el aborto es una conducta considerada como delito y que es sancionada por el Código Penal.

También se debe de analizar el consentimiento por parte del marido ya que éste debe de aceptar o estar de acuerdo con el hecho de que a su mujer le implanten un óvulo fecundado o la fecunden de manera artificial y aquí también se estima la revocación del consentimiento del cónyuge como fue en el caso de la mujer, por lo que permite a la revocación ser unilateral para cada una de las partes, no impidiendo que la revocación sea un acto que se suscite de forma conjunta. Cabe mencionar que por lo que hace al consentimiento, éste origina al marido la obligación que tiene todo padre de familia puesto que el hijo nacido dentro de la existencia del matrimonio será considerado como hijo del marido.

Otro aspecto es que en el acto jurídico también interviene una tercera persona que es el médico que realizará la implantación del óvulo o la fecundación artificial a través de las técnicas por las cuales se lleve a cabo dicha operación y cumpliendo con los requisitos que exija la Ley General de Salud y la normatividad de la institución en la cual se lleve a cabo la reproducción asistida, sin embargo el médico no se obliga a garantizar la eficacia de la operación, ya que como se había comentado con antelación solamente aplicará de forma correcta las técnicas para llevar a cabo ésta.

En virtud de lo anterior los elementos de validez hacen referencia a la legalidad del acto y tal como lo dice el autor Chávez Ascencio "se siguen las reglas en cuanto a la capacidad, vicios del consentimiento, objeto y motivos licitos y la forma del contrato" lo cual me parece correcto en virtud de que todo acto jurídico realizado debe de ser legal, no debe tener un objeto que sea contrario a la moral y a las buenas costumbres y dañe con ello a la sociedad, no deben de existir vicios en el consentimiento, es decir, si por existir ignorancia y dolo una mujer es llevada a ser inseminada artificialmente como bien lo dice el artículo 466 de la Ley General de Salud al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento esta fuere menor o incapaz realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a

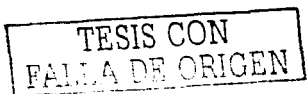
tres años si no se produce embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo se le impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento sin la conformidad de su cónyuge.

4.2 Legislación comparada

En México nuestra legislación no ha sido lo suficientemente basta en el aspecto de las nuevas formas de reproducción humana, sólo la Ley General de Salud en el Reglamento para la Salud dentro del Título Segundo del Capítulo IV en los artículos del 40 al 56, hacen referencia, como podemos darnos cuenta solamente dieciséis artículos no pueden prever situaciones que pasan en la realidad cuando se contratan estos servicios y al ser nuestra legislación muy escueta solo se refieren a la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos; de la utilización de embriones, óvulos, fetos y de la fertilización asistida, pero ¿qué es lo que pasa con la filiación?, es obvio que el legislador no ha tenido interés para profundizar más en estos temas tan importantes hoy en día, y si nos ponemos a pensar que en México se suscitara un problema o controversia sobre las nuevas formas de reproducción, como lo es la filiación, ¿en base a qué se tendría que resolver si nuestra legislación no ha previsto casi nada en materia de reproducción humana, ni de sus efectos en el derecho?

Si bien es cierto no hay ninguna prohibición para que un hombre o una mujer puedan concebir los hijos que deseen, ni tampoco prevé la manera de concebir y como se puede decir que en nuestra legislación todo aquello que no esta prohibido por la ley está permitido por esta, podemos fundamentar el derecho de procreación en el artículo 4º de la Carta Magna el cual establece "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos"¹⁰⁰, de tal suerte que el derecho de la reproducción es inalienable al ser humano y no debe de existir autoridad alguna que trate de coartar ese derecho.

¹⁰⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo cuarto. Editorial Sista, año 2000



Anteriormente hablábamos tanto del hombre como de la mujer respecto a la libertad de procreación, esto significa que ambos sexos tienen también un derecho de igualdad; de tal suerte que para concebir uno o varios hijos por medio de las nuevas formas de reproducción, tanto la mujer como el varón tienen derecho a solicitarla si así es su deseo, claro que siempre con apego a lo que la legislación dicte aunque sea de manera muy escueta.

En virtud de lo anterior la mujer que desee concebir un hijo por medio de la inseminación artificial, puede hacerlo sin importar su condición civil, es decir, no importa que sea soltera o casada para poder hacer uso de las nuevas formas de reproducción si así es su deseo, así mismo aunque poco común, el hombre también tiene derecho a reproducirse y como todo ser humano tiene un derecho inalienable a él y es el de procreación y al igual que la mujer, no debe importar su condición civil para poder tener su descendencia, si bien es cierto que a la mujer le es indispensable la ayuda del hombre para poder concebir aunque sea de manera artificial, por los espermatozoides, los cuales solamente pueden ser aportados por el sexo masculino, al hombre por supuesto le es totalmente indispensable la presencia femenina para lograr su objetivo que es la preservación de la especie, hablando de la reproducción asistida el hombre para hacer uso de ésta lo podría hacer por medio del arrendamiento de vientre, toda vez que es necesario un útero para llevar a término la gestación. Sin embargo es muy difícil aceptar por la sociedad que un hombre soltero tenga un hijo utilizando las nuevas formas de reproducción y si lo vemos desde el punto de vista de los intereses del menor, se le estaría privando en cierta manera de tener una familia integrada, de tener los cuidados que solamente una madre puede dar a sus hijos en determinadas edades; se tendrían que analizar todas y cada una de las situaciones que podrían favorecer en un determinado caso al menor y de aquél análisis decidir si se opta por contratar este tipo de servicios, además no debemos de olvidar que quien desee concebir un hijo ya sea el varón o la mujer debe ser una persona capaz y mayor de edad.

Por otra parte España, si tiene una legislación que regula la reproducción humana asistida⁶¹; es así como aquella normatividad observa a las técnicas de reproducción asistida como la solución a los problemas de esterilidad, al igual que en México aunque no exista una ley que

⁶¹ www.geocities.com/Lureka/9068/SANIDAD/1reproduc.html

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

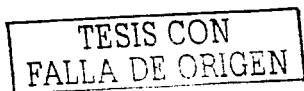
regule estas nuevas técnicas, su objeto esencial es facilitar la procreación. Sin embargo, la legislación española manifiesta que solamente podrán realizarse estas técnicas cuando haya posibilidades de éxito, a diferencia de nuestra Ley General de Salud, la cual no compromete a los doctores que realicen estas técnicas a proporcionar un resultado favorable ó exitoso.

Otra diferencia con la legislación Española es el artículo segundo, párrafo cuarto en el cual establece que la mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspendan en cualquier momento debiendo de atenderse a su petición, sin embargo se observa que en nuestro país al momento de que una mujer ha sido inseminada artificialmente, no es posible revocar su consentimiento, toda vez que implicaría caer en una conducta delictiva llamada aborto.

En Alemania⁶² la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, son sancionadas con una pena privativa de la libertad de hasta tres años, entendiéndose como abuso, la transferencia a una mujer más de tres embriones en un mismo ciclo. En esta legislación se puede observar una protección ilimitada al embrión, toda vez que existe una sanción privativa de la libertad. Además esta ley tampoco permite la fecundación y transferencia de embriones de manera autoritaria ni la fecundación post mortem. Y en el caso de la clonación, también esta prohibida por esta Ley, quien sanciona la simple tentativa con una pena privativa de la libertad hasta de cinco años.

En lo que respecta a México, no por el hecho de que sea un procedimiento que no es muy aceptado por la sociedad mexicana se debe de justificar su ausencia de legislación, como lo hemos referido son temas que han dejado de ser teóricos; ahora también son prácticos y esta viene acompañada también de conflictos que tienen trascendencia en el mundo jurídico y los cuales deben de estar previstos en la ley.

⁶² <http://hazteor.bigstep.com/generic.html>



4.3 Nuevas formas de fecundación

El hombre a través de la ciencia ha realizado impresionantes logros que tienen trascendencia para la vida del hombre en sociedad y en la grandeza de sus logros se encuentra el beneficio para el hombre y la sociedad misma.

En el caso de la reproducción humana, el hombre por medio de la ciencia ha logrado su intervención en ella para modificarla de tal forma que se hace innecesario el contacto sexual o cópula carnal entre la pareja que desea tener un hijo, o bien para lograr el propósito del ser humano que es la preservación de la especie.

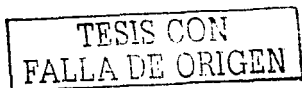
Así mismo la ciencia al manipular a la reproducción humana destina los embriones al estudio y utiliza en ellos experimentos que pueden dar lugar a grandes descubrimientos en el campo de la medicina y así superar las deficiencias del ser humano.

Sin embargo podemos considerar en cierta forma injusto que en un embrión se practiquen todos aquellos descubrimientos que beneficiarían al hombre y a la sociedad misma, ya que estamos hablando de un ser vivo, el cual aunque todavía no tiene una capacidad jurídica, sí goza de una protección como bien lo establece el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal:

"la capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde con 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"

Se dice que no tiene una capacidad porque al momento de nacer ésta se adquiere, pero la protección se otorga con la condicionante de que el individuo nazca vivo y sea viable: como también lo manifiesta el Licenciado Miranda Brito en su artículo:

* El subrayado es mío.



“sin embargo esas personas se encuentran protegidas por las normas jurídicas, aún aquellas que no han nacido, en cuyo caso la ley da una serie de derechos sujetos a una condición suspensiva que consiste precisamente en el evento del nacimiento y viabilidad”⁶³

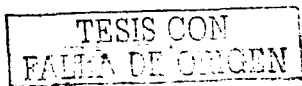
Pero uno de los objetivos de la manipulación científica en materia de reproducción humana, es precisamente el avance de los descubrimientos científicos para beneficio del ser humano.

Ahora bien, en lo que respecta a las nuevas formas de reproducción humana, podemos decir que existen tres formas de llevarse a cabo y que más adelante analizaremos con detenimiento, pero que podemos mencionar a continuación:

1. FECUNDACIÓN UN VIVO
2. FECUNDACIÓN IN VITRO
3. CLONACION

Cabe mencionar que las nuevas formas de reproducción humana han sido causa de gran controversia y críticas en el mundo jurídico, social, científico y religioso y es en base a las críticas muchas veces negativas, que provocan que las nuevas formas de reproducción o fecundación asistida no han sido totalmente aceptadas por la sociedad y de hecho aquellas críticas no deben de ser causa para no tomar en cuenta la trascendencia que tiene en la actualidad esta situación, en México no se ha otorgado la importancia debida a este tema, puesto que en lo que a derecho se refiere, existe carencia de normas jurídicas aplicables a casos concretos, lo cual quiere decir que nuestros legisladores le están restando lo significativo a estos temas tan trascendentes en la vida del ser humano y en la sociedad misma, al igual que el derecho familiar, el cual carece de una legislación independiente en donde se contemplen casos como la fecundación artificial o asistida y sus efectos dentro del derecho familiar.

⁶³ MIRANDA BRITO, Martín. “Derecho Familiar y las Reformas al Código Civil” *UCA. Revista de la Escuela de Derecho UNIA*. Número 1, septiembre-diciembre del 2000, pag. 121



4.3.1 Fecundación in vivo

La fecundación in vivo, es una técnica que la ciencia ha utilizado desde hace ya algunos años, primeramente fue practicada a los animales para lograr un mejoramiento en las razas principalmente la bobina y de esta manera obtener crías más fuertes y de mejor calidad que sus antecesores, esta práctica no es muy comúnmente llevada a cabo en los seres humanos, de no existir un problema de infertilidad no es común que la pareja desee mejorar físicamente su descendencia, sin embargo esta nueva forma de reproducción como las que más adelante analizaremos, tampoco requiere de la copula entre la pareja que desea procrear un hijo, porque solamente el proceso que sigue esta fecundación es el traslado de los espermatozoides del varón a los órganos genitales de la mujer por un método distinto al natural²⁴.

Ahora bien, ¿cuál es el papel del derecho en estas nuevas formas de reproducción humana? Es lamentable darse cuenta de que nuestro derecho aún no ha contemplado esta nueva forma de reproducción que en lo personal sería la forma más sencilla de llevar a cabo; y en lo que a la filiación respecta, si es una mujer soltera quien practica esta fecundación, la filiación quedaría acreditada con el parto, lo anterior si recordamos que la filiación materna es forzosa y esta se produce en el momento de dar a luz a un hijo como lo mencionábamos en capítulos anteriores.

Cabe recordar que los donadores de óvulos y de espermatozoides tienen el derecho de permanecer en el anonimato, ¿qué es lo que pasa con la filiación paterna, la relación de filiación del donador con el producto o embrión?, porque no hay que olvidar que el individuo nacido de estas nuevas técnicas aunque tenga un padre quien será el esposo de la madre, solamente será su padre social aunque este lo reconozca, pero genéticamente tendrá un padre biológico del cual nunca sabrá su identidad, lo cual podría tener algunos problemas, debido a que el material genético de aquel nuevo ser está compuesto no solamente por aquella carga genética de la madre, sino también del donador de esperma; de tal suerte que quizá también podría tener el individuo nacido de estas técnicas impedimento de matrimonio por parte del

²⁴ LLAMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción Poder y Derecho*, Editorial Total Madrid 1999, pag. 71

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

padre biológico, pero en virtud de que se desconoce la identidad del sujeto no es posible la existencia de dichos impedimentos.

La fecundación in vivo como lo hemos visto anteriormente es también conocida como inseminación artificial, la cual puede ser utilizada no solamente por parejas en la que alguno de sus miembros tiene el problema de esterilidad, se da como un resultado de la manipulación de embriones por el hombre y en muchas ocasiones son de gran utilidad a la ciencia para descubrir nuevas fórmulas que ayuden a contrarrestar las enfermedades que atacan a los individuos en la sociedad.

Se puede decir que en esta nueva forma de reproducción humana se debe atender al estado civil de una mujer que desee concebir un hijo; es decir, si la mujer esta casada aquella podrá ser fecundada extra corporalmente con el semen del esposo o bien, con el líquido seminal de un hombre distinto del esposo en el caso de que el esposo de la mujer sea estéril, aquel hombre (el tercero en la relación denominado donante) que tiene todo el derecho a permanecer en el anonimato, pero que biológicamente tendrá un tipo de filiación la cual sería la consanguínea con el hijo nacido de estas técnicas, aunque no sea su deseo establecer algún tipo de filiación con aquél.

Así mismo Lema Añón en su obra Reproducción, Poder y Derecho⁶⁵ nos habla de la inseminación homóloga e inseminación heteróloga, las cuales debemos de explicar a continuación:

1. INSEMINACION HOMOLOGA.- Analizandola desde el punto de vista del derecho, esta se da cuando hay una pareja unida por un vínculo matrimonial o por el concubinato, la mujer inseminada con el espermatozoide de su esposo o del concubinario no representa ningún conflicto dentro del derecho, toda vez que la filiación que se produzca con el hijo será la consanguínea y tendrá los mismos efectos como si hubiera sido concebido de la forma natural, es decir, mediante la cópula; se considera hijo de matrimonio cuando es existente el vínculo entre sus

⁶⁵ LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 75.

padres o fuera de matrimonio, pero con el reconocimiento de ambos progenitores cuando están unidos por una relación de concubinato.

2. INSEMINACION HETEROLOGA.- En este caso se encuentra la intervención de una persona ajena al matrimonio o al concubinato, pudiendo ser un hombre el vendedor o donador de semen o bien, una mujer quien venderá o donará un óvulo. Aquí desde mi punto de vista jurídicamente se presentan los problemas que ya hemos visto en reiteradas ocasiones como lo es la filiación, ahora bien es claro que debe de existir el consentimiento de ambos cónyuges para llevarse a cabo la inseminación artificial, en el caso de que la mujer la haya llevado a la práctica sin el consentimiento de su esposo o concubinario, aquél puede desconocer judicialmente la paternidad del hijo de su esposa, como lo prevén los artículos 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal, solamente si prueba su imposibilidad física para tener acceso carnal con su mujer dentro de los diez meses que anteceden al parto.

Visto lo anterior es necesario también saber como es que la religión observa a la inseminación artificial, debemos recordar que nuestro país la influencia religiosa pesa mucho para la población en general, obviamente esto no genera consecuencias directamente dentro del mundo jurídico, sino que simplemente es observar un punto de vista distinto y no menos interesante.

La iglesia, en especial la iglesia católica también se ha sorprendido de los avances que ha tenido la ciencia en el campo de la medicina y ven los logros como resultado de un prodigio, sin embargo la pregunta que se hace la misma iglesia es ¿qué pensar moralmente sobre la inseminación artificial? El Papa Juan Pablo II en su Enciclica EVANGELIUM VITAE (es decir el evangelio de la vida) en el numero 14 trata sobre este asunto en los términos siguientes:

... "También las distintas técnicas de reproducción artificial que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados en contra de la vida. Además producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer y que son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que bajo pretexto del

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple material biológico del que se puede disponer libremente”⁶⁶

Con lo anterior no puedo estar de acuerdo totalmente, ya que de no existir aquellos experimentos con embriones no podrían haber adelantos en la medicina, sin embargo hay que recordar que el derecho también protege a los concebidos pero no nacidos y que aquellos embriones que son utilizados específicamente para experimentos están protegidos como cualquier ser humano y desde el momento de su concepción tienen el derecho de vivir.

En México, si bien es cierto que no tenemos una legislación específica en materia de Derecho Familiar en la cual se contemplen situaciones como la reproducción asistida y sus consecuencias, así como el derecho a la vida de todos aquellos embriones concebidos de estas técnicas, sí podemos decir que tenemos el derecho de la vida al momento en que penalmente se castiga la conducta del aborto. De tal suerte que desde mi punto de vista los avances de la ciencia deben siempre de ser en pro del beneficio humano sin dañar ni transgredir los derechos inalienables de la persona misma.

4.3.2 Fecundación in vitro

La fecundación in vitro, es una nueva forma de reproducción humana, la cual ocurre fuera del seno materno en un laboratorio; es ahí en donde se produce la formación del embrión, el cual con posterioridad se le implantará ya fecundado en la matriz de la mujer que desea tener un hijo para llevar a término la gestación de un nuevo individuo.

Este tipo de fecundación se puede realizar con los gametos del hombre y de la mujer que como pareja desean concebir un hijo ya sea como matrimonio o como concubinos, o bien con la ayuda de personas ajenas a la relación mediante el uso de sus gametos ya sean masculinos o femeninos, los cuales son donados o vendidos única y exclusivamente para ese

⁶⁶ HERRASILL, Alicia y Pedro. *Inseminación Artificial y Clonación*. Editorial FVC. 2ª Ed. México 1997 pág. 2

uso, y también puede darse este tipo de fecundación en el caso de la mujer soltera que quiera tener un hijo sin tener cópula.

Por lo que hace a este tipo de fecundación, es una técnica que requiere de una hospitalización debido a la complejidad para llevarla a cabo y generalmente se recurre a ella cuando una pareja ha buscado por cualquier medio la concepción de un hijo de manera natural, pero la esterilidad de alguno de ellos la hace imposible, también se dice que la fecundación in vitro consta de tres etapas:

1. Se deben de obtener óvulos o espermatozoides, ya sean donados o vendidos.
2. Se debe proceder a su fertilización in vitro.
3. La implantación en el útero de la mujer⁶⁷.

Para Gómez de la Torre⁶⁸ la fertilización in vitro no solamente busca traer a la vida niños que son sumamente deseados por su padres, sino que también sus objetivos difieren mucho al concepto de la vida, como veremos más adelante la misma ciencia que es quien ha creado esta nueva técnica para producir embriones extraterinamente, los utiliza con fines de investigación, para conocer la reacción de las sustancias tóxicas, el efecto de nuevas drogas y medicinas así como para identificar a los genes causantes de enfermedades congénitas, todo esto aplicado al embrión humano, para después de utilizarlo como si fuera un conejillo de indias destruirlo y en ocasiones ocupando los restos de aquél pequeño ser humano que en la mínima parte de vida que tuvo gracias a la fecundación in vitro estuvo sometido a crueles investigaciones de científicos a quienes no les importa que sus procesos de investigación se hayan practicado en un ser humano.

En lo que respecta al punto de vista del derecho ante esta situación lo veremos más adelante con detenimiento, a fin de conocer cuál es la reacción que ha tenido el legislador ante estas nuevas prácticas de reproducción humana y los fines tan diferentes que se les ha dado.

⁶⁷ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* Pág. 80

⁶⁸ GÓMEZ DE LA TORRE, Mari Cruz *Fecundación in vitro y la Eticidad* Editorial Jurídica de Chile, 1^a Ed. Chile 1993, pag. 207

El autor Chávez Ascencio nos da una definición de lo que es este tipo de fecundación "es una fecundación extracorpórea para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno"⁶⁹, así mismo plantea problemas éticos y jurídicos, problemas como la filiación y la personalidad del sujeto que a continuación analizaremos.

En cuanto a la personalidad se refiere, esta se inicia con la concepción y culmina con la muerte del individuo, lo anterior con fundamento en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, de tal suerte que al encontrarse protegido por el derecho no deberían de existir problemas en cuanto a la personalidad del sujeto, porque nuestro multicitado código no hace alusión a si son personas concebidas en forma natural, artificial o en un laboratorio, cualquier persona que haya sido concebida de la forma que fuere se encuentra protegida por nuestra legislación.

Ahora bien, los problemas que han señalado anteriormente son aquellos derivados del trato que se les da a los seres que han sido concebidos a través de las nuevas técnicas de reproducción humana, estamos hablando de un nuevo ser el cual se encuentra protegido civil y penalmente, en el ámbito civil ya lo hemos expresado pero en el ámbito penal se encuentra protegido con el aborto, la cual es una conducta sancionada con una pena privativa de la libertad, por lo tanto podemos darnos cuenta de que la fecundación in vitro también tiene una relación con el aborto, en cuanto a la manipulación, modificación y en su caso la destrucción del embrión en los laboratorios en los cuales se llevan a cabo estas técnicas, lo anterior no importando si fue una criatura concebida fuera del seno materno, porque se entiende que es un ser que ha sido concebido para ser nacido y su destrucción, modificación o investigación en él es una conducta que en un primer término en relación con la destrucción puede encontrarse protegida por la ley, sin embargo en un segundo término no hay una limitante o una legislación que proteja al concebido de ser objeto de investigaciones científicas y manipulaciones genéticas.

A lo que queremos llegar es a demostrar que si bien es cierto el revuelo que ha surgido dentro de la sociedad debido a las nuevas formas de reproducción humana ha sido demasiado

⁶⁹ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel. *Op. Cit.* Pág. 81

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

y así como ha tenido críticas favorables y otras que reprueban esta manera de continuar la especie, también es cierto que la ausencia de legislación en torno a esta materia deja un margen muy amplio de actuación a aquellos médicos y científicos los cuales con motivo de sus investigaciones que tienen como fin ayudar al ser humano a evolucionar en el campo de la medicina y de la genética, destruyen la vida de seres humanos que son concebidos única y exclusivamente para éstos fines, por lo cual los convierten en seres más vulnerables por el hecho de no tener una legislación que especifique algún tipo de sanción o bien, de protección a los embriones nacidos de la técnica *in vitro*. Lo anterior tomando en cuenta que no es posible humanamente ni jurídicamente realizar investigaciones con los embriones toda vez que por el hecho de ser concebidos, entran bajo la protección de la ley y se les tiene como nacidos; como lo establece el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.

Ahora bien, respecto del problema de la filiación nos encontramos con que el niño nacido por esta técnica tendría dos padres si lo miramos fríamente el primer padre sería aquel varón quien aportó sus gametos para dar lugar a la concepción y el segundo padre es el padre social quien sería el esposo de la madre y por lo tanto aquél hombre que está dispuesto a ser el responsable de cualquier obligación derivada de este la relación que surja con motivo de la paternidad, pero el menor siempre desconocerá quién es su progenitor toda vez que el donador tiene el derecho de permanecer en el anonimato; es decir que tiene en cierta manera la prohibición legal de que se revele su identidad; lo anterior "para mantener la paz, la integración, la consolidación y la estabilidad de la familia a la que pertenece"⁷⁰ pero también nos encontramos frente al derecho que tiene la criatura de conocer su verdadero origen a fin de obtener el conocimiento del origen biológico si es que el descendiente padeciera alguna enfermedad congénita y también para evitar los matrimonios incestuosos por accidente.

De tal manera que debemos de encontrar un equilibrio al hacer valer estos derechos a fin de no lesionar otros que en este caso serían los del niño, que años más tarde se puede ver involucrado en un matrimonio incestuoso y con consecuencias fatales si es que llegara a tener descendencia, aquellos problemas de los que hemos hablado con antelación deberían de estar regulados en un ordenamiento jurídico; si bien es cierto el incesto esta regulado en nuestras

⁷⁰ LEMA ASON, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 123.

legislaciones, existiendo una legislación que permitiera conocer la identidad del donador de semen o el progenitor se evitarían en gran manera los casos de incesto por desconocimiento con motivo de la fecundación in vitro o la inseminación artificial.

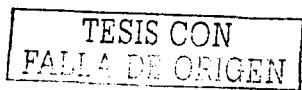
También debemos de observar que la fecundación in vitro trae consigo varias dificultades, que pueden presentarse en el caso del matrimonio en el que el esposo no está de acuerdo con esta forma de reproducción, se dice que cuando la mujer es fecundada de manera artificial y no tiene el consentimiento del esposo, aquél puede acusarla de adulterio, toda vez que ha decidido tener un hijo de otro hombre, como lo dice Lema Añon en su obra Reproducción, Poder y Derecho "el hecho de que se conociese que el marido de la madre no era el padre biológico rompía con la presunción de paternidad a su favor. Con independencia de las condenas más graves como incluso el adulterio"⁷¹.

Sin embargo, para que se de el adulterio es necesario tener una relación sexual con una persona distinta al cónyuge, y la sola implantación de el óvulo fecundado con los espermatozoides de un tercero ajeno al vínculo matrimonial no constituye adulterio; en su caso solamente podría el hijo ser desconocido por el esposo de la madre y deslindarse así de toda responsabilidad que la paternidad le confiriera.

Por su parte la mujer se encuentra protegida en relación a la reproducción asistida cuando esta se lleva a cabo sin su consentimiento, como lo establece el artículo 466 de la Ley General de Salud que manifiesta: "al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si esta fuera menor o incapaz, se realice en ella inseminación artificial, se le aplicará de uno a tres años de prisión si no se produce el embarazo, se le impondrá de dos a ocho años de prisión".

La fecundación in vitro como ya lo hemos visto anteriormente, es una manipulación de la genética la cual es muy delicada por los efectos y los problemas a los que conduce y por ello debería de estar regulada en algún ordenamiento jurídico propio del Derecho de Familia, el

⁷¹*Ibidem* Pag. 118



cual dé una respuesta a la solución de posibles conflictos sobre la paternidad biológica y la filiación.

Ahora bien, en el caso de que el padre social quien como ya lo mencionamos es el marido de la mujer que será fecundada in vitro acepte que se lleve a cabo dicha operación, esta entonces frente a un vínculo de filiación voluntaria, misma que ocurre cuando se esta en presencia de la inseminación artificial heteróloga o de la vaginal con el semen del donante, de tal suerte que para efectos jurídicos se considera que es el padre del menor y podríamos equipararlo a la adopción plena; decimos que se le considera el único padre del menor ya que en nuestra legislación cuando se está ante la adopción al momento de que se adopta a una persona quedan inexistentes los lazos de parentesco que la unían con sus progenitores, para así entablar nuevos lazos de parentesco con los adoptantes, y lo mismo pasaría con la filiación voluntaria por parte del padre, en donde el anonimato del donante no permite conocer su identidad y establecer algún tipo de parentesco con el hijo nacido de estas técnicas, sin embargo lo que aún queda existente es la filiación.

Por lo anteriormente expuesto podemos deducir que la fecundación in vitro se encuentra rodeada de diferentes ideologías y fines, los cuales no siempre son favorables al ser humano, muchas veces los fines para los cuales son creados los llamados niños de probeta son única y exclusivamente para su destrucción, luego de ser objeto de innumerables investigaciones científicas, lo cual es un acto reprobable y digno de ser severamente sancionado. Continuemos con otra forma de reproducción que hoy día ha provocado gran consternación entre la sociedad entera quien no la acepta como reproducción humana.

4.3.3 Clonación

"La clonación es la técnica utilizada en el cultivo de tejidos, gracias a la cual todas las células obtenidas provienen de una sola célula"⁷². Mediante el procedimiento de clonación, se duplica un organismo utilizando una de las células de aquel organismo que se quiere

⁷² *Diccionario Enciclopédico Larousse*, México 1996, pág. 253.

reproducir, y aquella técnica dará lugar a un embrión en el cual durante el transcurso de su desarrollo será una persona idéntica genéticamente a aquella de quien se sustrajo la célula.

Esta nueva forma de reproducción es asexual, y su objeto primordial según se dice es lograr la reproducción perfecta fisiológica y biológica de la célula original. Por medio de la clonación se obtiene un individuo con los mismos genes del padre o de la madre, sustituyendo la reproducción sexual por la artificial mediante la utilización de un vientre alquilado.

Esta técnica es conocida en los Estados Unidos con las siglas SNT (Somatic Cell Nuclear Transfer) lo que es mejor conocida como clonación, como sabemos es en aquél país en donde se encuentra la mayoría de los avances científicos y es ahí mismo en donde tuvo lugar la primera clonación de mamíferos, específicamente la de una oveja llamada Dolly.

Por lo que hace a la clonación de seres vivos, es un procedimiento que aún no se sabe a ciencia cierta si se ha practicado con seres humanos hasta la etapa de la gestación, sin embargo la sola proposición de aplicar este procedimiento en seres humanos ha causado consternación a nuestra sociedad aplicación que en los seres humanos estaría muy fuera de lugar, si bien la ciencia ha intervenido a favor del ser humano, también es cierto que ha ido demasiado lejos en la intención de clonar a los seres humanos, puesto que no se puede ocupar el lugar de Dios al crear seres humanos idénticos a otros, sin embargo no podemos decir que la clonación sea igual o se le deba de dar un trato igual al de la fecundación artificial ya que las técnicas empleadas para lograr el fin de una y otra técnica son totalmente diferentes, clonar seres humanos es una meta de la ciencia y universalmente es rechazado ya que se atentaría en contra de la humanidad entera.

Podríamos también preguntarnos cuál es el objeto y fin de la clonación, se dice que su objeto es puramente de investigación, la investigación de problemas relacionados con la salud que aún no se han resuelto y su fin sería dar una solución a aquellos problemas. Sin embargo a pesar de que la idea de clonar seres humanos ha sido rechazada, existen científicos y algunas personas quienes se encuentran a favor de la clonación humana, tal es el caso del Doctor Panayiotis Zavos, quien es un prestigioso especialista en reproducción asistida, el cual en la

Ciudad de Lexington anunció en conferencia su intención de engendrar el primer bebé clónico⁷³, la intención de este doctor sobrepasa los límites de aceptación en los que la ciencia puede intervenir para lograr la reproducción humana, pese a lo anterior hay personas (especialmente mujeres) que sí están dispuestas a completar el embarazo del embrión clonado, lo que puede dar lugar a que una clonación se lleve a cabo.

Aún así ya se han llevado a cabo procesos de clonación humana, como el artículo de una famosa revista lo dio a conocer "Hace algunos meses un grupo de científicos de Corea del Sur manifestó que había creado con éxito un embrión humano clónico, aunque lo destruyeron antes de implantarlo en el útero de una madre de alquiler"⁷⁴.

Con el conocimiento de lo anterior podemos llegar a la conclusión de que en nuestro país la conducta cometida por los científicos Coreanos con el embrión humano es mejor conocida como homicidio, ya que se le priva al embrión humano de la posibilidad de vivir, ya que el proceso de clonación se había logrado con éxito.

Debemos igualmente de recordar que nuestro artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal establece la protección jurídica al concebido pero no nacido y aunque esta conducta no fue cometida en territorio mexicano, el hecho de privar de la vida a un ser humano no importando en la etapa en la que se encuentre (me refiero específicamente a si es un embrión) debe de constituir un delito.

Con lo anterior podemos observar que la ciencia esta totalmente deshumanizada ya que no le importa destruir vidas, si con ello pueden demostrarse a sí mismos y demostrarle al mundo sus éxitos científicos.

Los argumentos que sostiene el Doctor Zavos para justificar a la clonación son los siguientes: "No se trata de una decisión ética sino de una decisión médica. Algunas personas

⁷³ LOPERIAS M., Enrique, *Biocología, la última revolución*, Revista Muy Interesante, Año XVIII, NUM. 07 México agosto 2000, pág. 8

⁷⁴ *Ibidem* Pág. 9

necesitan de esta técnica para completar su ciclo vital, su derecho a reproducirse⁷⁴. Sin embargo los argumentos del Doctor antes citado, no pronuncian la verdad acerca del objetivo de este avance, ya que si bien es cierto todos los seres humanos tenemos derecho a la reproducción, también lo es que existen las nuevas formas de reproducción in vitro e in vivo, o también se encuentra lo que más adelante analizaremos como lo es la maternidad subrogada, por lo tanto no se hace necesaria la reproducción por medio de la clonación; aunque hay personas que están de acuerdo con esta por el solo hecho de que piensan que clonándolas estarían reencarnando o bien, que es un modo de recuperar su juventud, lo cuál es totalmente ilógico puesto que aunque se permitiera en un futuro la clonación de seres humanos hay que recordar que los clónicos son individuos diferentes aunque genéticamente sean idénticos.

Por otra parte se dice que entre los beneficios que podría traer la clonación es para encontrar la cura a los males que aquejan al ser humano, se hablan de las transférencias nucleares, las cuales permitirían estudiar los papeles en la senectud celular, así mismo se dice que los médicos tratarían a las víctimas de un infarto mediante la clonación de sus propias células cardíacas, las cuales sustituirían a las lesionadas, también se habla de que de la clonación de embriones se podrían obtener de ellos las células madres o conocidas también bajo el nombre de stem cells, las cuales se utilizarían para el tratamiento de enfermedades como la diabetes, el Parkinson y las lesiones medulares, se habla también de que con la clonación se podría mejorar la fecundación in vitro y que tanto el varón como la mujer podrán engendrar a partir de una célula no reproductiva de su cuerpo, mejor conocida como somática, prevén también que gracias a los mecanismos moleculares de la clonación se podría combatir el cáncer, así como la manipulación de cerdos a nivel genético para en un futuro realizar trasplantes de órganos de los animales a los seres humanos y la producción de leche con proteínas humanas de interés terapéutico en grandes y puras cantidades, las cuales serían producidas por vacas, cabras y ovejas clónicas.

De lo anterior podemos deducir que la ciencia ha sabido manejar el tema de la clonación de tal forma de hacer creer a la humanidad que si permiten la realización de ésta sería única y exclusivamente para su beneficio, lo que en realidad yo dudaría mucho, pues si como ya

idem

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

hemos visto en este punto en la fecundación in vitro, que es una técnica que ha sido creada para dar vida y solucionar los problemas de infertilidad de las parejas y los fines que se le dan a los embriones creados por estas técnicas han sido muy contrariamente a los de vivir. ¿qué podemos entonces esperar si permitimos la clonación ya no solo de animales quienes también tienen derecho a ser protegidos en cuanto a su tratamiento, sino de seres humanos que serían objeto de innumerables investigaciones? Y por otra parte ¿qué podemos esperar de los fines de la clonación, si aquellos son distorsionados por la ciencia, a quien lo que menos le importa es caer en conductas delictivas cuando atenta con la vida humana?

Definitivamente la clonación es una forma de reproducción: la cual no debería de llevarse a cabo con animales y mucho menos con seres humanos, por lo que hace a nuestro sistema jurídico, obviamente no ha contemplado siquiera a la clonación, ya que como hemos visto con antelación si ni siquiera se ha legislado ampliamente sobre los temas de reproducción asistida, menos podemos considerar la previsión de la clonación en alguna de nuestras leyes.

Sin embargo como dice el profesor Vicente Bellver :

"la regulación mas adecuada para la clonación humana con un fin reproductivo es la prohibición sin paliativos: en primer lugar, porque atenta contra el derecho a ser hijo de unos padres biológicos y el derecho a tener una dotación genética única; y también porque entraña graves riesgos en la garantía de otros derechos fundamentales para el futuro de la especie humana"³

Podemos darnos cuenta de que también hay personas que ven en la clonación desde el punto de vista jurídico problemas que deberían de legislarse a fin de prohibir la clonación.

Ahora bien, desde el punto de vista religioso es interesante saber lo que la iglesia opina sobre la clonación, si bien es cierto ya sabemos que se opone rotundamente a cualquier práctica de reproducción humana diferente a la natural es necesario saber cual es la postura de aquella frente a esta situación.

³ HERRASTI, Alicia y Pedro. *Op. Cit.* Pág. 9

La iglesia toma la postura de lo espiritual, nos habla acerca del alma, la cual es creada directamente por Dios y no puede ser engendrada por los padres, ni reproducida por la fecundación artificial, ni clonada. Dicen que "en la clonación es imposible implicar el espíritu que es la fuente de la personalidad"⁷⁷.

Observa a la mujer como un instrumento que solamente dona óvulos y si no los dona y lleva a término de gestación a un embrión clonado, la toma como una incubadora, se toma a la clonación como una perversión de las relaciones de la persona humana. Y en cuanto al parentesco manifiesta que hay una ruptura de los lazos de parentesco que si bien con la fertilización in vitro eran confusos, en la clonación deja de haberlos.

Como pudimos darnos cuenta la iglesia se opone rotundamente a este tipo de reproducciones, por razón de que ven en ella reflejadas solamente el egocentrismo del ser humano al pretender crear la vida como si fuese un Dios todopoderoso, y a su vez destruyéndola con la misma facilidad que la da al momento de realizar prácticas con los seres humanos para sus novedosos experimentos.

4.4 Maternidad subrogada (arrendamiento de vientre) y sus consecuencias en el derecho familiar

Nos encontramos ahora ante una nueva situación que produce conflictos en relación a la filiación, me refiero a la maternidad subrogada, la cual también es conocida como la maternidad sustituta, arrendamiento de vientre, gestación por contrato, madres por sustitución, etc. No importa de cuantas formas se le llame ya que su fin es el mismo.

La maternidad subrogada es una nueva forma de reproducción humana, generalmente es utilizada cuando hay problemas de esterilidad en una pareja que desea tener descendencia, sin importar si se encuentran unidos por un vínculo matrimonial o de concubinato. Esta nueva

⁷⁷ *Idem*

técnica de reproducción asistida ha causado demasiada polémica entre la sociedad, quizás ha sido criticada en mayor forma que la fecundación in vitro o la fecundación in vivo, lo anterior en virtud de que nuestras costumbres, la moral y los principios se ven lesionados al llevarse a cabo un contrato de alquiler de vientre. Podemos empezar por describir lo que es la maternidad subrogada, para después identificar las consecuencias que produce en el derecho, en especial en el derecho familiar.

Se trata en principio de una mujer quien esta dispuesta a ser fecundada de manera artificial con los gametos de un hombre, el cual puede ser un donante o bien el esposo o concubinario; pudiendo además la misma mujer aportar su óvulo para la fecundación, o bien obtener un óvulo de una donante; o también obtener el óvulo de la esposa o concubina, gestar al embrión hasta llegar a su última etapa que es el parto, para con posterioridad a él hacer entrega del producto a una pareja que por sí sola no podía concebir, o bien entregarla a una persona que no tenga una pareja, pero que quiera tener un hijo.

Este tipo de reproducción humana trae consigo problemas que trascienden en la vida de los hombres y de mujeres que solicitan este tipo de servicios, pero también trae conflictos dentro del derecho respecto a la filiación, ya que la criatura nacida de esta técnica en especial, estaría confundida respecto la filiación que la uniría a sus padres, porque hay que recordar que no estamos hablando de una filiación consanguínea propiamente ya que intervienen personas extrañas a la pareja que desea concebir y que quizás ha buscado mil maneras de hacerlo sin llegar a lograrlo.

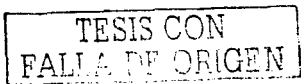
Hablamos de que en la maternidad sustituta, puede existir la presencia hasta de tres mujeres implicada en ella, puede existir la mujer que dona su óvulo ya sea de forma onerosa o gratuita a quien en lo futuro le denominaremos donante, la mujer a quien se le va a implantar el ovulo de otra ya fecundado con el semen de un determinado hombre y que va a llevar a termino la gestación; a quien en lo futuro se le llamara madre sustituta o subrogada, y la mujer a quien se le va a hacer la entrega del hijo que nazca de esta técnica y quien además acepta tener todas las responsabilidades, derechos y obligaciones para con aquél hijo, a quien podíamos denominar en un futuro la madre legal.

Ahora bien la pregunta aquí sería ¿quién es la madre del hijo, la que aportó su óvulo, la que llevó a término la gestación para entregar al hijo, o aquella que ha celebrado un contrato de arrendamiento de vientre con objeto de que se le entregue al hijo recién nacido y poder ser madre? Esta es una pregunta de difícil respuesta, primeramente porque la mujer que donó su óvulo lo hizo de una manera anónima, desligándose de toda responsabilidad y lazos de parentesco que pudieran unirla con el producto de la concepción, sin embargo por otra parte nos encontramos con la mujer que dentro de su vientre va a permitir la gestación de un nuevo ser, pero que aún y con el conocimiento de que en sus entrañas permitirá que se desarrolle la vida de un ser humano, aquella sabe que va a entregar a esa criatura a otra mujer quien le ha retribuido onerosamente (a veces puede ser de manera gratuita) el alquiler de su vientre, y por lo tanto la mujer que se presta para dar a luz a un ser humano, no desea tener ningún tipo de relación o de parentesco con el niño que ha traído al mundo; y por otra parte se encuentra otra mujer, la que es infértil y desea tener un hijo, la que quiere asumir la maternidad de un hijo con todas aquellas prerrogativas y obligaciones que la ley concede.

Viendo lo anterior desde un punto de vista muy objetivo, se le debería de atribuir la maternidad junto con la filiación a la mujer que desea tener un hijo, ya que es ella quien desea asumir todas las consecuencias jurídicas, morales y económicas que implica el tener un hijo de hecho, simplemente para probar la filiación que se tiene con una persona determinada basta con el acta de nacimiento, como lo manifiesta el artículo 340 del Código Civil para el Distrito Federal, de tal suerte que se entiende que la madre es aquella que llevó a término el embarazo, aunque ésta no hubiera querido entablar ningún lazo con el menor nacido por esta técnica.

Por otra parte podría parecer injusto tanto para el hijo como para la mujer que pretende ser la madre legal que la maternidad y la filiación se le otorgaran a una mujer que no desea ser madre y que si lleva a término un embarazo es solamente por la retribución económica que recibe. Sin embargo hay autores que manifiestan que el contrato de subrogación de vientre puede equipararse a la adopción, como bien lo dice el autor Chávez Ascencio "Se trata de recibir al ser humano ya nacido, por lo tanto pueden aplicarse las reglas de la adopción"⁷⁸ sin

⁷⁸ CHÁVEZ ASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* pag. 76



embargo en el caso de que la donadora de óvulo fuera la mujer que desea ser madre, por lo menos podemos decir que la carga genética de ésta la llevará también el niño que la otra mujer de a luz y en este caso no podemos decir que la donante de óvulo no quería tener ningún tipo de parentesco con la criatura, ya que el fin primordial de aquella al dar su óvulo para que sea implantado en el útero de otra mujer es el de ser madre.

Por lo que hace al caso de que sea el esposo o concubinario quien aporte sus gametos y el óvulo sea extraído de una mujer que no es su pareja, se podría decir que el niño tendría una filiación consanguínea solamente con su progenitor, en este caso el esposo o concubinario, por lo cual se debería de manejar el reconocimiento voluntario del hijo por parte de la esposa o concubina.

Ahora bien, tomando en consideración que puede darse el caso de que la pareja que desea tener un hijo sean quienes aporten los gametos para solamente implantarlos ya fecundados en el útero de una mujer alquilada para ello, sería aún más injusto todavía que se desconociera la filiación que tienen estos con el hijo que la madre sustituta va a dar a luz y que se le reconociera la filiación y en su caso la maternidad de la mujer que solamente alquiló su cuerpo para dicho fin el cual en la mayoría de las veces es remunerado; en todo caso la madre subrogada sería solamente el medio o en su caso el instrumento para llevar a cabo el fin que es tener un hijo.

El arrendamiento de vientre se ha visto como un acto inmoral, debido a que el hecho de que una mujer se deshaga de un hijo, nunca ha sido bien visto por nuestra sociedad y por otra parte también se considera como un acto ilícito toda vez que el objeto del contrato es un ser humano el cual no puede ser objeto de ningún contrato en virtud de que no estamos hablando de una mercancía y además el cuerpo humano no es propio de alquilarse.

Para celebrar un contrato de arrendamiento de vientre en primer lugar debe de ser un contrato con todas las formalidades que la ley prevé especialmente por la delicadeza del asunto; es decir se debe de celebrar por escrito generalmente debe de ser oneroso, también se dice que es un contrato que es intuito personae en virtud de que se elige a las personas que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

celebrarán el contrato, además de que estamos en presencia de un contrato plurilateral, por la intervención de varias personas en la celebración de éste.

Ahora bien, para considerarlo como un contrato lícito tanto su objeto y fin deben de ser también lícitos; y llevándolo a la práctica mediante un convenio celebrado entre la pareja que desea un hijo, la mujer que prestará su útero para tales fines y el médico que realizará esa operación, dicho contrato debería de prever alguna cláusula en la cual se le obligue a entregar al niño producto de esta reproducción asistida en el caso de que la madre sustituta en el último momento se arrepintiera, así como la cláusula de que los futuros padres se comprometen a pagar todos los gastos que con motivo de la gestación se generen.

El arrendamiento de vientre es visto en su generalidad como un contrato ilícito, por el hecho de que como ya lo habíamos dicho con antelación el objeto de dicho contrato es la persona humana, empero el hecho de que se considere un contrato ilícito no quiere decir que no se lleve a cabo, de tal manera que si se previniera en una legislación como un contrato independiente sin equipararlo a otros, se podrían evitar aquellos ilícitos en los que recaen las personas que llevan a cabo estos tipos de actos.

Así mismo, como Lema Añón manifiesta "es necesario prevenir las consecuencias jurídico civiles de su celebración, por ejemplo en cuanto a la determinación de la filiación."⁷⁹ De tal manera que en la legislación que resultara aplicable tendría que definirse la relación de filiación que tendría con sus padres y de igual manera establecer si se deben crear los impedimentos para el matrimonio por parte de la madre sustituta de haber sido aquella quien aportara el óvulo y de la madre legal, a fin de no caer en relaciones incestuosas, sin embargo el problema lo encontraríamos en el caso de que la donante de óvulo fuera una mujer desconocida, toda vez que como donante tiene el derecho de conservar su anonimato; empero porque la carga genética de la donadora, también la lleva el niño nacido de esta técnica, sería recomendable permitir el acceso a las fuentes de información para saber la identidad de los donadores y esta manera establecerse los impedimentos señalados con antelación a fin de evitar situaciones como las mencionadas

⁷⁹ LEMA AÑÓN, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 142

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La legislación que previera este tipo de situaciones debería también de prever cuál sería la situación en la que se encontraría el esposo de la madre subrogada en el caso de que aquella estuviera unida en matrimonio, pues aquí nos volveríamos a encontrar con la presunción pater is est quem nuptiae demonstrant, presunción vista con anterioridad y que sabemos que su fin es la protección al hijo que viene en camino y aunque no sea engendrado por él, por lo tanto se dice que el esposo de la mujer que esta embarazada o que ha tenido un hijo es el padre de aquél, sin embargo podría éste ejercitar la acción de desconocimiento de la paternidad, toda vez que si la filiación de la mujer queda acreditada con el nacimiento; la cual como ya hemos visto es forzosa, su esposo sí puede hacer valer la acción por la cual se desliga de toda responsabilidad y obligación para con el niño nacido de estas técnicas.

Sin embargo, nuestro sistema jurídico no puede quedarse paralizado cuando se presentan este tipo de situaciones las cuales se deben resolver aunque no exista una ley específica que prevea concretamente los casos que crean conflicto, es así como las controversias suscitadas se deben resolver conforme al Código Civil, el cual contempla situaciones como la filiación, parentesco, paternidad, acción de desconocimiento de paternidad, entre otras figuras jurídicas que mientras no exista una ley específica al derecho familiar, deberán de seguirse resolviendo conforme a esta ley auxiliada con la Ley General de Salud, en lo que le sea aplicable.

4.5 Consecuencias jurídicas del criomacernamiento dentro del derecho familiar.

Como lo hemos establecido durante este capítulo, hoy día se han descubierto muchas formas de reproducción humana, las cuales en innumerables ocasiones han sido la solución al problema de infertilidad de una pareja, el criomacernamiento por su parte también nos ofrece la posibilidad de una reproducción humana de una forma diferente a las vistas con anterioridad, toda vez que el criomacernamiento consiste fundamentalmente en hacer uso de muy bajas temperaturas para disminuir de esta manera la función vital de una célula y de esta forma mantenerla con vida suspendida posiblemente durante años.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Debemos recordar que para Lema Añón, el criomacernamiento, se encuentra muy relacionado con la fecundación in vitro pues el proceso o técnica a seguir para lograr la concepción es el mismo, sin embargo lo que hace diferente al criomacernamiento de la técnica anterior, es que a través de él los hombres y las mujeres pueden congelar sus espermatozoides u óvulos, para que en un tiempo posterior (hablamos quizá de años) aquellos puedan ser descongelados y ya fecundados ser implantados en el útero materno o de la mujer que alquile su vientre con el fin de llevar a término la gestación.

Como podemos darnos cuenta, la ciencia cada vez avanza más y nuestra legislación se va haciendo más indiferente frente a estas situaciones que no por el hecho de no encontrarse en las leyes dejan de practicarse y que a consecuencia de ello generan conflictos para los individuos y tienen una trascendencia en el mundo jurídico. Tal vez podríamos preguntarnos cuáles serían aquellos conflictos que generaría esta técnica tan avanzada: primeramente podríamos encontrarnos ante una situación en la cual el hombre o la mujer desee acudir a los llamados bancos de espermatozoides o de óvulos y tuviera la intención de congelar sus gametos para con posterioridad hacer este mismo hombre o mujer uso de ellos, de tal suerte que no nos encontramos en la presencia de una figura jurídica llamada donación, toda vez que cuando una persona dona sus gametos a un banco de recolección de espermatozoides no es posible presentarse a reclamar los mismos; y de no aclararse esta situación ya no sería posible la reclamación de sus propios gametos para los fines que tenían destinados.

Regularmente las personas que utilizan este tipo de técnicas, son las parejas infértiles, pero también recurren a ella las personas que en un futuro quedarán estériles, como es el caso de la vasectomía en el caso del varón.

También cabe hacer mención de que mediante esta técnica se pueden congelar los pre-embriones, sin que su criomacernamiento o criopreservación los afecte de alguna manera, pero también se critica la inmoralidad del criomacernamiento, ya que esta técnica como la fecundación in vitro ha sido objeto de manipulaciones científicas con respecto a los embriones.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

En el caso de los embriones que han sido almacenados por parejas para su posterior concepción trae también conflictos respecto al destino final de los embriones, porque estamos hablando de que un hombre y una mujer almacena cada uno sus gametos y por lo tanto ellos deben de decidir cuál será el destino que le van a dar a éstos: sea para su uso personal en algunos años o para donar el embrión a alguien más. "los conflictos se suscitan cuando la pareja decide separarse o divorciarse o cuando no llegan a un acuerdo."⁸⁰ Lo anterior crea controversias y si alguna de las partes prefiere donar el embrión a la institución y la otra desea que sea concebido nos encontramos ante el conflicto de que las dos partes tendrían derecho a decidir qué es lo que se va a hacer con el embrión siendo este es el resultado de la unión de ambos gametos.

Ahora bien, en cuanto a una legislación que sea aplicable a este tipo de situaciones lamentablemente no la hay en nuestro país, pero sería un buen comienzo el dar una propuesta para que el legislador tome en cuenta las situaciones por las que atraviesa el Derecho de Familia, sin embargo podemos decir que los efectos que produce el criopreservamiento en esta materia, con relación a la filiación si los progenitores son quienes aportan sus gametos para almacenarlos y posteriormente realizan la transferencia embrionaria, a fin de concebir un hijo; no tiene mayor problema, puesto que estaríamos ante una filiación consanguínea, aún y cuando la concepción no se produzca por la vía natural.

Empero en los casos en los que los embriones sean donados a aquella institución y sean otorgados en una adopción prenatal, como lo llaman algunos autores; estaríamos en presencia de una fecundación in vitro, realizada con gametos de personas ajenas en relación a la pareja, llevada a cabo mediante una transferencia de embrión, el cual estuvo en criopreservación. En este caso la filiación; en especial la materna quedaría acreditada plenamente ya que debemos recordar que la filiación materna se establece con el solo hecho del nacimiento, pero en cuanto a la filiación paterna, como el esposo de la mujer que va a dar a luz no aportó sus gametos, al consentir el acto de la fecundación, daría lugar a la filiación voluntaria.

⁸⁰ *Ibidem*, Pág. 148

Sin embargo también podemos encontrarnos en presencia de otro conflicto que es aún más difícil de resolver y éste surge cuando la mujer o el varón almacenan su óvulo o espermatozoide, respectivamente con el fin de usarlos posteriormente y aquella persona que decidió congelar sus gametos muere y su pareja decide que quiere concebir un hijo de esa persona fallecida con el gameto que dejó en erioalmacenamiento; como podemos darnos cuenta estamos ante un acto que produce consecuencias en el derecho y es mejor conocido como inseminación post mortem.

4.5.1 Inseminación post mortem

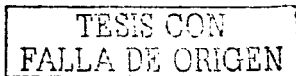
“Es la situación con motivo de la inseminación homóloga practicada después del fallecimiento del marido”⁸¹.

No es común que una persona sea engendrada con el semen de quien sería su padre, si éste ya falleció, de hecho las personas que ignoran que existe la inseminación post mortem consideran ilógico el solo hecho de pensar que un muerto tenga un hijo y más ilógico sería oír decir a un niño, que su padre o madre murió un año (o más) antes de que él naciera.

Aquí nos encontramos ante un conflicto que también debe ser tomado en consideración por el derecho, toda vez que si un varón de acuerdo con su pareja decide realizar el erioalmacenamiento de sus gametos, para con posterioridad engendrar un hijo con su pareja y éste muere antes de que se lleve a cabo la concepción, y su pareja en este caso la mujer toma la decisión de concebir un hijo con el semen (el cual se encontraba en erioalmacenamiento) de quien en vida fuera su esposo, estaríamos en presencia de la inseminación post mortem.

Sin embargo, también debemos de tomar en consideración el hecho de que el esposo fallecido hubiera aclarado totalmente, y de modo que no hubiere quedado lugar a dudas, que el semen que aquél puso en erioalmacenamiento fue para su uso personal y que no fue una donación; así mismo también debió de haber aclarado que en caso de fallecimiento, su pareja o

⁸¹ CHAVLZASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* Pág. 66



sus herederos podrían en su caso realizar la reclamación del semen para los fines que consideren necesarios y pertinentes. De no haber hecho esta aclaración se entraría en controversia, en virtud de que las instituciones alegarían una donación y los herederos la propiedad de aquél.

También debemos preguntarnos ¿en qué términos van a quedar los hijos nacidos de la inseminación post mortem? Desgraciadamente las personas que deciden optar por este tipo de inseminación lo hacen solamente para satisfacer un interés personal y no ven el bienestar o beneficio de los hijos que van a traer al mundo, es verdad que posiblemente se haya amado en demasía a la pareja que ya falleció y quizá hasta comprensible el querer tener algo del ser amado; pero no es saludable sobre todo en el aspecto emocional para el niño que nazca producto de esa inseminación, el privarle de tener un padre o una madre según sea el caso solamente por la satisfacción de intereses personales; de tal suerte que se le estaría condenando a un ser inocente a nacer huérfano y de esta forma también se le priva del derecho a tener una familia integrada.

Jurídicamente un niño nacido bajo la técnica de inseminación post mortem, está considerado como un niño nacido fuera de matrimonio, como lo dice Chávez Ascencio y con lo cual estoy de acuerdo, en reiteradas ocasiones hemos mencionado lo que estipula el artículo 324 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal, el cual manifiesta que son hijos de los cónyuges nacidos dentro del matrimonio, los nacidos dentro del matrimonio o trescientos días después de disuelto el vínculo matrimonial o en este caso de fallecido el marido, generalmente no se recurre a la inseminación post mortem en el mismo momento en que fallece el marido; contrariamente, esta sucede cuando ha pasado un tiempo razonable de recuperación psicológica y emocional, de tal suerte que el hijo de la mujer que ha sido inseminada después de la muerte de su marido es considerado como un hijo nacido fuera del matrimonio, en virtud de que el matrimonio concluye con la muerte de alguno de los cónyuges y no importa que el fallecido haya sido el progenitor de ese hijo, o bien que hubiere tenido alguna filiación consanguínea con aquél.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Además de lo anterior, se le estaría privando al hijo del derecho de sucesión, ya que como lo considera el artículo 1314 del citado Código, no tienen personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Aquí podemos observar cómo es que nuestra legislación protege los intereses de las personas, al otorgar un reconocimiento a un ente que aún no existe, para que participara en una sucesión o pudiera con posterioridad a su nacimiento reclamarla, se lesionarían los derechos de las personas que en ese momento sí tenían la capacidad para ser partícipes en dicha sucesión, por esta razón sería injusto inseminarse post mortem, más para el hijo nacido de esta técnica que para nadie, por el hecho de que es por ley excluido de una sucesión a la que hubiera tenido derecho si hubiera sido concebido antes de la muerte de su progenitor.

Sin embargo por lo que hace a la personalidad jurídica de las personas, como lo expresa el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, 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, de tal suerte que el hijo nacido post mortem atendiendo a lo que dicta el ordenamiento antes citado a pesar de que sabría la identidad de quien almacenó sus gametos para después fecundarlos con el óvulo de su madre y de la aparente relación de filiación que lo uniría con esta persona quien en vida hubiera sido su padre, no puede serlo toda vez que la filiación es la relación o lazo que une a las personas con sus ascendientes y sus descendientes de una manera directa y nosotros nos encontramos con que el fallecido ya no es una persona y aunque tuvo una relación de filiación con sus ascendientes, la cual es y fue legítima; no puede desde mi punto de vista considerarse legítima o válida una relación de filiación que se establece cuando la persona ya ha dejado de serlo. Por lo anterior, considero que el hijo no tiene relación alguna con el fallecido; y en todo caso solamente debería cambiar su supuesta calidad de padre por la de donante.

Y en el caso de que fuera la mujer quien almacenara su óvulo y ésta muriera, la relación de filiación quedaría establecida en todo caso con la mujer que llevara a término la gestación del óvulo de la fallecida, fecundado con el semen de quien fuera su esposo cuando aquella estaba

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

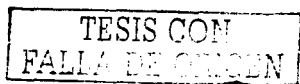
con vida, por lo que podemos decir que el hijo nacido post mortem mediante la fecundación del óvulo de quien pretendía ser su madre, no tendrá ningún lazo que lo una a ella.

Por los motivos señalados con antelación, se debería tomar conciencia y analizar a fondo las situaciones que pueden surgir con motivo de esta inseminación, no porque sea inmoral, sino por todos aquellos perjuicios provocados a un ser al que se pretende traer al mundo, solamente por darnos a nosotros mismos un consuelo, la mejor manera de sentirnos plenamente felices y realizados como seres humanos es realizando las cosas que deseamos cuando tenemos vida, viviendo cada momento como si fuera el último, pero sin transgredir los derechos de los demás, y mucho menos lesionando los intereses de quienes aún todavía ni siquiera han sido concebidos. De tal manera que si planeamos tener un hijo, que mejor que hacerlo cuando ambos padres están con vida, ¿por qué negarle el derecho de tener una familia integrada, de proporcionarle protección y asistencia, de participar en una sucesión testamentaria, en pocas palabras de darle una vida feliz y plena, si se supone que un hijo es lo que más se quiere en la vida aparte de que siempre se busca su bienestar? Lo anterior no significa que exista un desacuerdo con los avances de la ciencia, por el contrario son dignos de ser alabados, simplemente que en algunas ocasiones por ayudar a un individuo, está perjudicando a otro que al igual que cualquiera tiene los mismos derechos que como persona son inalienables.

En este capítulo hemos visto las nuevas formas de reproducción humana y la intervención de la ciencia a favor de las parejas que son estériles y desean concebir, así mismo es también necesario hacer referencia al control de natalidad en México; es decir, la forma en que se lleva a cabo y su fundamento legal, toda vez que dicho control también produce consecuencias dentro del campo del derecho, mismas que enseguida procederemos a analizar.

4.6 Control natal

En el transcurso de nuestro capítulo hemos hablado sobre el derecho de procreación que como seres humanos tenemos y el cual forma parte de las garantías individuales que consagra



la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a todos los mexicanos y extranjeros que se encuentren en territorio mexicano, sin embargo el artículo cuarto también manifiesta el derecho que tienen los individuos a tener el número de hijos que deseen; con el espaciamiento que decidan.

En el artículo antes citado, estamos hablando de una libertad de sexualidad la cual nos es conferida por el Estado a fin de establecer familias bien planeadas; si bien es cierto este artículo es nuestro fundamento para el derecho de familia, también es cierto que de éste se desprende el control de la natalidad el cual es un problema que se ha suscitado con motivo de la sobrepoblación; y los conflictos que han surgido se ven reflejados en la carencia de empleos y en el medio ambiente entre otras cosas. Sin embargo, el control de la natalidad no es un problema de difícil solución ya que existen diferentes métodos por los cuales puede controlarse este índice tan alto de natalidad, los cuales empleados correctamente producen un beneficio al ser humano quien aún no se encuentra preparado para procrear.

Al decir que debe de existir un control sobre la natalidad, no queremos decir que deba coartarse nuestra libertad de procreación, simplemente que al existir un control las familias futuras se encontrarán mejor planeadas, sin tener que incurrir en conductas delictivas como es el aborto o el abandono de personas.

Nuestro país es muy tradicionalista pero ha habido una aceptación en la aplicación de los programas de planificación familiar, sobre todo en las parejas jóvenes que quieren realizarse como profesionistas y que no desean interrumpir un embarazo que no estaba previsto, de hecho la utilización de métodos anticonceptivos hoy en día son vistos de una manera natural, aunque todavía hay métodos que no son aceptados en su totalidad por la sociedad como es el caso del método anticonceptivo llamado vasectomía.

Los métodos anticonceptivos son utilizados no solamente por parejas jóvenes que están unidas en matrimonio, son utilizados por un número de personas que no desean tener un hijo fuera del matrimonio, sin reprimir su libertad sexual.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Debido a las costumbres tradicionales de nuestro país no hace mucho tiempo, los métodos anticonceptivos no podían promoverse en algunos estados de la República y los programas de planificación familiar no eran muy eficientes, así mismo en la actualidad los métodos anticonceptivos son conocidos por la mayoría de la población gracias a su difusión mediante los medios de comunicación; y de esta manera la población puede contar con suficiente información acerca de cómo llevar una vida sexual plena, sin el riesgo o con el menor número de probabilidades de un embarazo no previsto y de esta manera no incurrir como ya lo habíamos manifestado con anterioridad en conductas que son sancionadas por nuestro derecho; cabe mencionar que los embarazos no previstos ni deseados suceden en adolescentes y en mujeres que son mayores de treinta y cinco años, edad en la cual los riesgos que implica el embarazo se vuelvan más complicados.

La decisión de una pareja de formar una familia depende de muchas situaciones importantes como la edad, los planes hacia el futuro, la situación económica, el estado de salud así como el civil, entre otros factores. En los casos de los embarazos no previstos cuando son jóvenes quienes se encuentran en esta situación abandonan sus estudios y si llegan a unirse en matrimonio la probabilidad de divorcio es muy alta, además de que las posibilidades de encontrar trabajo son muy escasas.

Con lo anterior podríamos pensar que el uso de los anticonceptivos solamente se da por el hecho de no querer responsabilidades, sin embargo, es más responsable quien usa estos métodos, que quien sin tomar en cuenta lo que implica un embarazo no previsto no utiliza ningún método y con su conducta posterior lesiona derechos de terceras personas. Ahora bien, es verdad que el objetivo de los métodos anticonceptivos como su nombre lo indica es evitar la concepción, pero no solamente cuando una pareja es joven puede acudir a dichos métodos cuando se presentan situaciones como las anteriormente expuestas, sino también otras de las razones por las cuales se utilizan son el espaciamiento de los embarazos, no extender más una familia, evitar las malformaciones genéticas, la protección de la salud de la madre y sobre todo el permitir que las mujeres planifiquen su vida para el futuro.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Para Aguilar Gil en su obra *Hablemos de sexualidad*⁸² entre los métodos anticonceptivos más eficaces podemos mencionar alguno de ellos con las ventajas y contraindicaciones que cada uno de ellos tiene y las cuales todos los hombres y las mujeres que los utilizan tienen derecho a conocer, pues es su propio organismo quien va a sufrir los síntomas y las anomalías que provocan aquellos.

CONDON.- Se trata de una funda o capuchón de látex o plástico que cubre y se ajusta en el pene erecto del hombre, evitando que el espermatozoide entre a la vagina. Además puede prevenir algunas infecciones de enfermedades venéreas, incluyendo entre estas al VIH el cual con el uso de este preservativo se transmite en un veinticinco por ciento de los casos. Se dice que la efectividad del condón hablando en porcentajes es de un 88% a un 98%, empero si se utiliza conjuntamente con otro anticonceptivo como es el espermiocida aumenta su efectividad. Por otra parte los riesgos que implica es que se puede romper con las uñas o derramar el semen si esta mal colocado o bien, puede desprenderse y quedarse dentro de la vagina; además de que pueden producirse irritaciones, empero es uno de los métodos que es menos nocivo físicamente.

COITO INTERRUPTO.- En este método se interrumpe el coito antes de que el semen sea expulsado; es decir, se interrumpe el acto sexual antes de la eyaculación y se deposita el semen fuera de la vagina, como riesgo podríamos mencionar que es muy difícil de lograrse pues requiere de mucho autocontrol del hombre, además de que causa ansiedad, frustración; este método es uno de los más antiguos y es demasiado usado pero es muy inseguro.

PILDORA CON PROGESTOGENO.- Es mejor conocida como la pildora anticonceptiva, la cual esta formada por estrógenos y progesteronas artificiales o sus derivados, esta funciona haciendo el moco cervical mas espeso y viscoso, lo cual es un impedimento para que el espermatozoide pase hacia el óvulo maduro, tambien se dice que algunas ocasiones es un amovulatorio, ya que previene la ovulación con lo que es poco probable que el óvulo fertilizado se implante en el útero. Esta pildora tiene una efectividad de un 97% a un 99%, empero los riesgos que presenta son en la salud de la mujer quien en ocasiones presenta

⁸² AGUILAR GIL, Angel. *Hablemos de Sexualidad*. MIAMI Mexico 1996. pag. 52.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

náusea, periodos irregulares, dolor en los senos, aumento de peso, manchas en la cara, mayor riesgo de cáncer y de infarto, además de que no previene las enfermedades sexualmente transmisibles y puede causar la infertilidad, empero su ventaja es la protección las veinticuatro horas del día.

LIGADURA DE TROMPAS.- Este método se hace posible con la intervención quirúrgica obviamente de la mujer en la que por algún modo se obstruyen o cierran las Trompas de Falopio evitando así la ascensión de los espermatozoides y el descenso de los óvulos, como podemos darnos cuenta los riesgos serian los que implican someterse a una intervención quirúrgica, además con problemas psicológicos ya que la ligadura es una intervención que puede ser reversible a diferencia del corte de aquellos órganos.

INYECCIÓN.- Es un método que actúa como una píldora anticonceptiva pero que tiene un efecto más prolongado, actúa cuando la progesterona se inyecta en el brazo o en el glúteo cada tres meses y se va liberando en el organismo, impide la liberación del óvulo desde el ovario y hace mas viscoso el moco cervical a fin de que el espermatozoide penetre, su efectividad es de un 99.7%, como los riesgos podemos mencionar además de que no protege contra las enfermedades venéreas es más nocivo que la píldora, puede ser un abortivo y las probabilidades de esterilidad son mayores, lo anterior sin mencionar el aumento de peso y las hemorragias irregulares, pero en lo que hace a su ventaja el de evitar la preocupación y descuido de no tomar la píldora, aparte de que reduce los cólicos menstruales y su protección es inmediata si se aplica en los primeros cinco días del periodo.

ESPERMICIDAS.- Pueden encontrarse como óvulos, gel, crema o spray que se aplican en la vagina antes de tener relaciones sexuales y lo que dichas sustancias realizan es la destrucción del esperma; es decir crean una barrera con aquellos químicos a fin de matar los espermatozoides antes de que lleguen al óvulo. Su porcentaje de efectividad es del 79% al 97%, para una mayor efectividad debe combinarse con el condón. Sus riesgos es que puede provocar irritación en algunas personas además de alergias y altera el PH de la vagina. En cuanto a sus ventajas solamente podemos aducir una alta lubricación, lo que provoca menos molestias en las relaciones sexuales.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

DIAPHRAGMA.- Es una tapa ahulada o plastificada con una medida de cinco a diez centímetros con o sin espermicidas que bloquea la entrada de los espermatozoides hacia la matriz colocándose seis horas antes de tener relaciones sexuales dentro de la vagina para cubrir la parte cervical. Por lo que hace a los riesgos solamente podemos decir que no protege de las enfermedades transmisibles y que en algunas ocasiones produce alergias, pero entre sus ventajas podemos decir que no es nocivo físicamente.

IMPLANTES.- También es conocido como "norplant", el cual consiste en implantar bajo la piel del brazo de la mujer seis tubos de plástico delgado que contienen hormonas sintéticas de progestógeno que van liberándose constantemente en la corriente sanguínea para prevenir que los óvulos sean liberados a los ovarios, el implante se realiza por un médico quien anestesiara localmente a su paciente, por lo que hace a los riesgos podemos mencionar que no protege contra las enfermedades transmisibles y sus efectos son los mismos que los producidos por las píldoras, además de que es un producto que es muy caro. Pero en relación a sus beneficios podemos mencionar que es un producto de larga duración pues su efecto durará hasta por cinco años además de que empieza a surtir efecto a las veinticuatro horas de su implantación.

RITMO.- En este metodo se determina el tiempo probablemente fértil de los ciclos naturales de la mujer, la pareja en este metodo se abstiene de tener encuentros sexuales en el tiempo que se ha estimado como fértil, sin embargo su uso requiere de ciclos regulares, ya que la falla de algún ciclo podría provocar un embarazo. Entre sus riesgos podemos notar que la irregularidad de un periodo podría traer consecuencias muy graves. Empero entre sus beneficios se encuentran el que aparte de ser un metodo inofensivo, promueve además la comunicación entre la pareja ya que es un metodo utilizado por ambos.

VASECTOMIA.- Es una cirugía en la cual con la realización de un corte en el eseroato impide el paso a los espermatozoides. En la practica es poco reversible y trae consigo problemas psicológicos, además de que puede causar cáncer en la próstata, aumenta los cálculos urinarios y reduce la testosterona. Sin embargo dentro de sus beneficios podríamos

mencionar que además de que es un corte rápido y sencillo que no requiere de hospitalización, es justo que en la actualidad sea el hombre quien también contribuya a la planificación familiar no dejando toda la carga de la responsabilidad en la mujer.

Como pudimos darnos cuenta estos son algunos de los métodos anticonceptivos más usados por las parejas. Gracias a su difusión y a la información que se les ha brindado a la población las familias pueden decidir cuando y cuantos hijos tener para poder estar en condiciones de brindarles una vida y un futuro mejor.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO V APLICACIÓN DEL DERECHO EN LAS DIVERSAS FORMAS DE REPRODUCCIÓN

5.1 Inseminación y fecundación artificial en el matrimonio.

En el presente capítulo observaremos cómo es que el derecho interviene en las diferentes formas de reproducción y las consecuencias que se originan derivadas de su intervención, analizaremos cuál es el aspecto legal de la inseminación artificial, como hemos manifestado con anterioridad la legislación es muy escueta en el tema.

La reproducción asistida se lleva a cabo tanto en mujeres unidas por un vínculo matrimonial, como aquellas que tienen una relación de concubinato y en mujeres que sin tener una relación estable con un varón desean tener un hijo y lo logran mediante la inseminación artificial, sin embargo ahora analizaremos la situación de las parejas que unidas por un vínculo matrimonial recurren a las nuevas formas de reproducción humana y por supuesto las consecuencias que esto trae consigo.

Podemos decir que la forma de fecundación artificial dentro del matrimonio más aceptada es aquella en la cual los elementos que darán origen a la fecundación son proporcionados por los cónyuges, lo anterior no quiere decir que no se lleven a la práctica otras formas de fecundación como la efectuada con elemento masculino extraño, con elemento femenino extraño y cuando ambos elementos son extraños o ajenos a la pareja. Las anteriores formas de fecundación ya han sido vistas así como sus efectos en la filiación.

Cuando la concepción artificial se da entre los cónyuges; es decir, con elementos que les son propios a ellos, la filiación quedará establecida sin ningún problema, ya que la única diferencia con la concepción natural, sería la copula la cual por alguna razón no pudo llevarse a cabo entre los padres, sin embargo los gametos son los de sus progenitores y la gestación se llevará a cabo por la madre. Quizá pueda existir confusión por el hecho de que por alguna

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

razón no pudo llevarse a cabo un acercamiento carnal entre los cónyuges y por esta razón acuden a la fecundación artificial, sin embargo de lo que estamos hablando no es de un caso que tenga que señalar al hijo como nacido fuera de matrimonio, porque aunque es un hecho que el marido no pudo o puede tener cópula con su mujer los gametos con los que se fecundan a la misma son los de su marido, este caso puede darse por situaciones como la impotencia sexual o la distancia territorial que existe entre los cónyuges y que a pesar de ello desean concebir un hijo de ambos.

En el caso de la impotencia sexual dentro del matrimonio, es una causal de nulidad de matrimonio, como lo establece el artículo 246 del Código Civil para el Distrito Federal "la nulidad que se funde en alguna de las causas expresadas en la fracción VIII del artículo 156, solo puede ser pedida por los cónyuges dentro del término de sesenta días contados desde que se celebró el matrimonio" lo anterior nos quiere decir que la impotencia que haya existido antes de celebrar el matrimonio y que aún persiste durante éste, puede ser una causa de nulidad del matrimonio. Empero no todos los matrimonios deciden optar por su nulidad cuando sobreviene un problema de impotencia, pudiéndose darse el caso de que el marido produzca espermatozoides que sean aptos para la fecundación pero no tiene la capacidad de tener una cópula normal con su mujer; en este caso no estamos hablando de un problema de esterilidad, sino de un problema físico y psicológico que le impide a un varón fecundar a su mujer de forma natural.

De lo anterior podemos deducir que la mujer será inseminada con el espermatozoide de su marido de manera artificial para dar origen a un nuevo ser, el cual será hijo concebido dentro del matrimonio con todos los derechos y las obligaciones que se desprenden de la relación paterno filial, para con sus padres y viceversa.

En el caso de que los esposos no se encuentren cohabitando en un mismo lugar, pero que desean procrear un hijo pueden hacerlo mediante la inseminación artificial con los gametos del esposo, el cual puede enviarlos al lugar en donde se encuentre su esposa, para que esta a su vez acuda a un centro especializado en esta materia y sea inseminada con el semen de su marido, de tal suerte que aún y existiendo distancia entre los cónyuges, puede tener lugar la

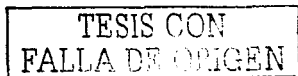
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

concepción sin que existan conflictos sobre la filiación de los hijos respecto de sus padres, quienes han decidido concebir de una manera diferente a la natural.

Sin embargo también es necesario mencionar algo que es importantísimo para que se lleve a cabo la inseminación artificial dentro del matrimonio, a lo que me refiero es al consentimiento de ambos cónyuges de realizar este acto; y me refiero a éste como un elemento esencial del acto de inseminación artificial donde se derivan derechos y obligaciones que ambos cónyuges compartirán, por lo que no puede procederse a realizar una inseminación artificial si los cónyuges no están de acuerdo en su realización, y sobre todo si se quiere que aquella inseminación se realice con los gametos del esposo a fin de que haya una filiación consanguínea. Ahora bien también es importante el papel que juega la mujer pues no siempre es ella la que desea tener un hijo y puede darse el caso de que sea su esposo quien desee tener un hijo con ella de manera artificial, toda vez que de manera natural sería imposible sin embargo es sumamente necesario el consentimiento que exprese la mujer de aceptar la inseminación artificial pues es en ella, en su cuerpo el lugar en donde se desarrollará un nuevo ser.

El autor Lema Añon en su obra manifiesta "¿hay que permitir el acceso a estas técnicas solo a los matrimonios o también a las parejas no casadas (cualquiera que sea la calificación jurídica que se les dé)? ¿solo a las parejas heterosexuales o también a las homosexuales (en principio femeninas)?"⁸¹. Como respuesta a la primera pregunta que se hace el autor antes citado habría una afirmación, pues todas las personas tienen el derecho de procrear a sus hijos, primeramente establecido en nuestra Carta Magna como una garantía individual en su artículo cuarto y en un segundo término en el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal en su segundo párrafo el cual a la letra nos expresa "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges", como podemos darnos cuenta en la primera parte de este artículo habla de toda persona, por lo que no dice expresamente que deban de encontrarse unidas en matrimonio para poder concebir hijos, ni tampoco dice expresamente que las relaciones de concubinato no pueden tener hijos.

⁸¹ LEMA AÑON, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 108



la ley es muy amplia en este caso y deja abierta la posibilidad de que todas las personas independientemente de que tengan o no una relación ya sea de matrimonio o de concubinato puedan concebir el número de hijos que deseen y es algo que desde mi punto de vista es muy válido.

Ahora bien, por lo que hace al segundo planteamiento podemos decir que ha sido materia de controversia el hecho de que se les permita a las parejas homosexuales concebir un hijo para que sean aquellas quienes los eduquen y funjan como sus padres, observándolo desde un contexto social quizá no debería permitirse a las parejas homosexuales recurrir a la inseminación artificial, no importando si son hombres o mujeres quienes lo soliciten, pues se encontrarían en dañando a las costumbres y la moral de una sociedad, la cual a pesar de los constantes cambios en los que se encuentra no acepta las relaciones homosexuales, sin embargo desde un enfoque jurídico si no se permitiera que las parejas homosexuales concibieran hijos, se estaría conculcando la garantía individual de la libertad de procreación; y cabe mencionar que las garantías individuales no atienden a sexo, raza, religión, preferencias sexuales, etc., son para todos los hombres y son inalienables a ellos, por lo tanto visto jurídicamente las parejas de homosexuales ya sean primeramente mujeres que deseen concebir un hijo por medio de la inseminación artificial pueden hacerlo y en un segundo caso los hombres que deseen tener un hijo, pueden lograrlo por medio de la inseminación artificial con el espermatozoides de alguno de los miembros que constituyan la pareja de homosexuales, la donación de un óvulo y el arrendamiento de vientre de una mujer que este dispuesta a llevar a término la gestación.

A pesar de que el matrimonio entre homosexuales no se encuentra previsto por la ley, esto no ha sido impedimento para que se formen parejas que cohabitan juntos como si se tratara de un matrimonio o concubinato plenamente constituido, ni tampoco lo ha sido para que aquellas no sientan deseos de procrear un hijo, independientemente de su condición sexual. De lo anterior podemos darnos cuenta que nuestra Constitución no limita el derecho de procreación a los homosexuales y aunque sea rechazada por la sociedad la sola idea de que una pareja de homosexuales conciba o procrea un hijo, no quiere decir que en la realidad no suceda, ya que en el caso de presentarse a un centro a solicitar estos servicios, si les preguntaran cual es su

estado civil o si tienen una relación con alguien y de que tipo, en todo caso manifestarían que su estado civil es el de un hombre o mujer según sea el caso soltero y que no mantiene ningún tipo de relación con alguien, sino que solamente desea tener un hijo.

Nuestra sociedad no ha aceptado totalmente a las nuevas formas de reproducción humana, de hecho si para esta no es totalmente aceptado que una pareja unida en matrimonio tenga sus propios hijos de esta manera ¿qué reacción podemos esperar de aquella cuando los padres de una criatura es una pareja de homosexuales? Para algunas personas es un acto de depravación y otras se preocupan por los valores, principios y la calidad de vida que llevaría un menor al vivir con una pareja de homosexuales: además de que el menor estaría sufriendo un rechazo por la sociedad.

Quizá ante estas situaciones aquellas personas que gustan de una preferencia sexual distinta a la que es común en nuestra sociedad, deberían de analizar cuál sería la situación del hijo que procrearan y anteponer sobre cualquier cosa su bienestar, no porque la ley así lo establezca sino por iniciativa propia, tal vez implique de algún modo el sacrificio de alguno de sus derechos, pero ante todo la protección de esa criatura que sería señalada por la sociedad, con motivo de sus orígenes.

A continuación nos detendremos a analizar también la forma en la que ha intervenido el derecho en estos acontecimientos que la ciencia, la medicina y la ingeniería genética han hecho posibles para el beneficio del ser humano, el cual debería de ser su objetivo principal, como hemos visto con antelación no siempre el destino en este caso de las nuevas formas de reproducción humana es licito, sino por el contrario sus fines en ocasiones se encuentran torcidos y crueles.

5.2 Aspecto legal de la inseminación artificial

Dentro del ámbito jurídico observamos una falta de interés del legislador ante situaciones que en la actualidad se vuelven más importantes y que de manera positiva y en ocasiones de manera negativa, tienen un impacto dentro de la sociedad en la que nos desenvolvemos. Ese

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

impacto de la sociedad hace reacciones diferentes, provoca cambios en ella y el derecho debe estar siempre a la vanguardia de los cambios sociales, no puede quedarse relegado ni indiferente ante situaciones que en un momento dado puedan provocar conflictos entre los particulares que nuestro sistema jurídico tendrá que resolver de una u otra manera.

Aún con los cambios en nuestro derecho, el legislador no ha dado la importancia debida a una rama del derecho, un rama tan importante como otras. La importancia del Derecho de Familia, es básica dentro de nuestra sociedad mexicana y dentro de cualquier sociedad del mundo, toda vez que la base es la familia; y sin embargo ni siquiera goza de una legislación independiente, una legislación en la cual se contemplen situaciones que afecten única y exclusivamente a la familia; situaciones como las vistas con anterioridad, en las que se precisen las situaciones de las personas ante los sucesos que tienen trascendencia en el derecho, obviamente hablamos de situaciones jurídicas. El objetivo y propósito de este trabajo de investigación, es precisamente proponer la creación de una legislación única para el Derecho Familiar, a fin de que se contemplen situaciones que hoy día se suscitan y las cuales no tienen un ordenamiento específico que sirva de base o de punto de partida para ser resueltas.

Sin embargo, en nuestro país existe una legislación que menciona a la fertilización asistida la cual no entra en el fondo del tema, esta es la Ley General de Salud, así mismo en su reglamento en Materia de Investigación para la Salud, hace referencia en su Capítulo IV sobre 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 así como de la fertilización asistida. Empero, no hace una referencia detallada de lo que es la fertilización asistida o bien; a los procedimientos que deben de seguirse para recurrir a ésta, simplemente podemos decir que el reglamento de la legislación antes citada comienza por definir lo que es la fertilización asistida, en su artículo 40 fracción XI el cual a la letra dice: "Fertilización asistida es aquella en que la inseminación artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización in vitro".

En nuestro país para poder llevar a cabo la fertilización asistida, es necesario el consentimiento expreso de los cónyuges o del concubinario con la concubina, el cual debe de manifestarse por escrito como lo establece el artículo 43 del citado reglamento, de acuerdo con lo que se estipula en los artículos 21 y 22 el cual a la letra dicen:

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

I.- La justificación y objetivo de la investigación.

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

III.- Las molestias o los riesgos esperados.

IV.- Los beneficios que puedan obtenerse.

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

VI.- La garantía de recibir respuesta a cualquier pregunta y aclaración 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.

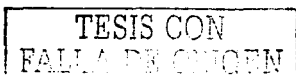
IX.- El compromiso de proporcionarle información actualizada, obtenida durante el estudio, aunque ésta pudiera afectar la voluntad del sujeto para continuar participando.

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 que los daños la ameriten, directamente causados por la investigación; y

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

"ARTICULO 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 estos 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”.

En los artículos anteriores podemos observar en la fracción VII del artículo 21, que no podríamos hacer válida esta fracción, toda vez que en el caso de la reproducción asistida si bien es cierto que tanto la mujer que va a ser inseminada artificialmente o bien, su cónyuge pueden retirar su consentimiento de llevar a cabo este acto, así como la fertilización asistida, el consentimiento no se puede retirar en cualquier momento, de hacerse éste debe de realizarse antes de la concepción, si se realiza con posterioridad a la concepción estaríamos frente a una conducta delictiva sancionada por el Código Penal; me refiero en este caso al delito de aborto. Por lo tanto debe de quedar bien claro que el consentimiento sobre la fertilización asistida puede ser revocable mientras tanto no se haya producido la concepción, en cualquiera de sus formas, in vivo o in vitro.

Sin embargo en la fracción VIII del mismo artículo, prevé la confidencialidad del sujeto en cuanto a su identificación, podemos decir que la confidencialidad es algo que hoy en día se sigue practicando, por el derecho que tienen las personas que donan o venden sus óvulos o espermatozoides de permanecer en el anonimato, también como lo hemos venido mencionando este secreto respecto de la identidad ha sido causa de conflictos para establecer una filiación y en los casos más graves ha sido causa de matrimonios o uniones incestuosas por accidente.

Por lo que se refiere al artículo veintidós nos habla de los requisitos que debe de tener el consentimiento por escrito; y que se aplicarán también a la fertilización asistida. Sin embargo

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

por lo que respecta a esta el reglamento de la Ley General de Salud solo manifiesta en su 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, social y cultural de la pareja, aún si esta difiere con el del investigador".

Sobre lo que menciona el párrafo anterior, estoy de acuerdo que sea admisible en los casos de esterilidad que no tengan como remedio el uso de medicamentos, pero la palabra "solo será admisible", implica una restricción a aquellas personas que desean concebir un hijo, pero que no desean tener cópula con una pareja de sexo contrario, o bien a aquellas personas que son fértiles y por alguna causa no pueden estar juntas en un mismo lugar o territorio para dar lugar a la procreación y desea el varón en este caso enviar sus gametos al territorio en donde se encuentre su mujer, para que le sean implantados por medio de la fertilización asistida.

Nuestra legislación no abunda en el tema de la reproducción asistida, de tal suerte que deja muchas situaciones sin resolver y que surgirían con motivo de éstas.

Ahora bien, en el caso de la maternidad subrogada, es un acto que ni siquiera se encuentra contemplado en nuestra legislación, de ahí el conflicto de los autores por saber si podría equipararse al contrato de arrendamiento, de prestación de servicios, de compraventa o bien, si podría tener un lugar dentro de nuestra legislación como un contrato inominado. Lo anterior toda vez que la maternidad subrogada no podría equipararse a un contrato de arrendamiento en virtud de que a través de este contrato se proporciona el uso y goce temporal sobre alguna cosa; y el cuerpo humano en este caso el útero no es una cosa propiamente, además como lo menciona el autor Chávez Ascencio en su obra "¿cómo entender la obligación de entregar al niño si se trata de un arrendamiento?"⁸¹. Por lo que hace a un contrato de prestación de servicios, podríamos hacer mención a que nuestro Código Civil, solamente reconoce a la

⁸¹ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel *Op. Cit.* Pág. 78.

prestación de servicios profesionales y la maternidad de una mujer no la hace profesional en ese aspecto, ya que es un hecho puramente biológico.

Ahora bien, en el caso de equiparar al contrato de compra venta, no sería posible realizar un acto de comercio con una persona, ya que si bien es cierto todo aquello que se puede vender generalmente son cosas que son de la propiedad de quien quiere venderlas.

Sin embargo un ser humano no puede ser catalogado como objeto o cosa, así como tampoco es propiedad de alguien. Empero en lo referente a denominarlo como un contrato innominado, que sería lo más razonable porque en este contrato no se estaría equiparando con ningún otro, sería un contrato independiente con sus elementos propios, derechos y obligaciones para cada una de las partes, además de que podría establecer cuales prerrogativas operarían si se tratara de un contrato oneroso y cuales en un contrato gratuito.

Debería existir un ordenamiento independiente, específico para la materia de Derecho Familiar en la cual se contemplen situaciones como las que hemos manejado, a fin de darles una solución a aquellos posibles conflictos que surjan con relación a la paternidad, a la filiación de una persona y a los derechos y obligaciones derivadas de aquellas, del tratamiento que debe darse a las nuevas formas de reproducción humana y los efectos que tienen dentro del derecho, además de prever los posibles conflictos que se susciten y contar con alguna solución.

Sin embargo la única legislación que considera de manera muy escueta a la fertilización asistida es la Ley General de Salud; en su Título Décimo Cuarto, nos habla de la Donación, Trasplantes y Pérdida de la vida en su artículo 314 manifiesta:

I.- nos habla de las células germinales, les da la definición de células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

VII.- nos habla del donador o donante a quien la ley define como al que tácita o expresamente consienta la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

VIII.- define al embrión como el producto de la concepción a partir de ésta y hasta el término de la duodécima semana gestacional.

IX.- define al feto como el producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional hasta la expulsión del seno materno.

XII.- define al receptor en cambio como la persona que recibe para su uso terapéutico un órgano, tejido, células o producto.

XIV.- nos define como trasplante a la transferencia de un órgano, tejido o células de una parte del cuerpo a otra, o de un individuo a otro y que se integren en el organismo.

Por su parte el artículo 320 nos habla de la donación y de que toda persona puede disponer de su cuerpo y podrá donarlo total o parcialmente, a lo que el artículo 321 señala en específico; la donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona, para que en vida o después de su muerte su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Hablamos de que debe de existir un consentimiento ya sea expreso o tácito sin embargo hay determinados actos que sí requieren del consentimiento expreso como es la donación de sangre, componentes sanguíneos y células reproductoras hematopoyéticas, como bien lo establece el artículo 323 en su fracción II.

Por lo que hace al comercio de órganos tejidos y células, éste se encuentra prohibido por el artículo 327 de la citada Ley; así mismo nos establece que la donación de aquellos con fines de trasplantes se regirá por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito. Aquí lo que podemos observar es que en la práctica son más los casos en los cuales se hace presente el ánimo de lucrar en este caso con los gametos, a fin de obtener un resultado deseado por las parejas estériles o que desean concebir sin tener una relación íntima con una persona del sexo opuesto, los implantes o la utilización de esta nueva técnica son bastante costosos por lo que en las instituciones que prestan este tipo de servicios tienen un ánimo de lucro, lo que difiere en gran cantidad de lo que también manifiesta nuestro artículo, el cual obviamente se hace extensivo sobre todo a los donadores quienes al realizar este tipo de acto no pueden ni deben cobrar, sin embargo muy diferente es cuando se realiza la venta de los gametos; lo cual

no debería de ser, ya que como lo habíamos expresado con antelación, las partes que conforman el cuerpo humano no son susceptibles de venta, ya que no son objetos o cosas que se encuentren dentro del comercio.

Ahora bien, en lo que se refiere a la confidencialidad, aquí lo que podemos decir es que es algo que se sigue llevando en la práctica, ya que solamente quien posee los datos de los donadores son las instituciones en las cuales se hicieron las donaciones correspondientes, mismas que no darán a conocer la identidad del sujeto (s) quien donó alguno de sus gametos.

Cabe mencionar que para la realización de este trabajo de investigación fue necesaria la realización de una investigación de campo, la cual tendría por objeto cerciorarnos de si en nuestro país existe alguna Institución que se especialice en medicina reproductiva, por lo que se procedió a realizar la búsqueda de alguna Clínica o Instituto con aquella especialidad; dando como resultado la existencia de una Institución que lleva a cabo la práctica de la fertilización asistida, es el CEMEDMER, que significa Centro Mexicano de Medicina Reproductiva, el cual tiene entre sus servicios:

1. Banco y Congelación de Sémén, determinación de espermatobioscopia directa por computadora y recuento personalizado de alteraciones espermáticas.
2. Ultrasonografía transvaginal Dopler.
3. Hidrolaparoscopia, microlaparoscopia e histeroscopia quirúrgica.
4. hidrohisterosalpingografía.
5. Inmunología de la reproducción para el tratamiento del aborto recurrente.
6. Laboratorio de hormonas.
7. Determinaciones de cariotipos en los padres o en material de aborto para determinar alteraciones genéticas.
8. Amniocentesis, estudios de paternidad.
9. Terapia de apoyo para la infertilidad.
10. Manejo de embarazo de alto riesgo.
11. Psicología.

YESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Sin embargo este Instituto no es de fácil acceso, ya que solamente por el hecho de pedir una cita para recabar información tenía un costo muy elevado, por lo que se procedió a realizar una consulta vía telefónica en la cual nos otorgaron la información mencionada con antelación, empero aquél ofrece tratamientos proporcionados por médicos biólogos de la reproducción, especialistas en esterilidad.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CONCLUSIONES

1. La familia es la base de toda sociedad humana, la cual crea ciertos valores que con posterioridad tendrán gran importancia en el mundo jurídico, ha existido desde los primeros tiempos, y ha sido objeto de múltiples transformaciones, las cuales han sido más notables dentro del derecho Romano, en donde tenemos como el más claro ejemplo a la figura jurídica del Pater familias, quien tenía una función muy importante por toda su autoridad sobre la domus y sus miembros, hasta la época actual en donde la voz de la mujer, niños, jóvenes y ancianos que integran una familia son escuchados y tomados en cuenta por nuestro derecho. La esencia de la familia es primeramente que es la base de toda la sociedad y en un segundo término los miembros que la conforman; es decir, comprende al grupo de personas unidas por un vínculo que puede ser consanguíneo (si descienden de un mismo tronco común), de afinidad y civil en el caso de la adopción. Por lo que hace a la naturaleza jurídica del derecho de familia, ha sido materia de controversias en virtud de que no se sabe donde situar al Derecho Familiar, si en una rama pública o privada y propongo la existencia de una rama autónoma que contemplara al derecho de familia; el cual tuviera las características de los Derechos Público, Privado y Social.
2. El parentesco se encuentra íntimamente ligado a la familia toda vez que éste es el vínculo que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco común cuando hablamos del tipo consanguíneo, pero también puede establecerse de manera civil o jurídica en virtud de que lleva implícito la realización de un acto jurídico que da origen a un parentesco y es en este caso que hablo de la adopción así como el de afinidad con los parientes del conyuge; pero al fin y al cabo todas ellas unidas forman una familia.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

3. Los tipos de parentesco señalados son los que reconoce la ley toda vez que cada uno de ellos produce efectos jurídicos diferentes, aunque todos se encuentran protegidos por la legislación civil.
4. El parentesco como figura jurídica trae consigo derechos y obligaciones, los cuales son adquiridos por el sólo hecho de encontrarse dentro de una familia con un vínculo o lazo de este tipo, se hacen inalienables a aquellas personas las cuales deben cumplir con ciertas obligaciones, también deben de hacer valer los derechos que como figura jurídica el parentesco otorga a los miembros de una familia.
5. Por lo que se refiere a la filiación, es un lazo natural que une a un descendiente con un ascendiente, o bien a un progenitor con su hijo creando un lazo de parentesco o vínculo consanguíneo entre ellos, sin embargo en la filiación adoptiva se crea un tipo de parentesco; no propiamente consanguíneo, pero se hace existente un vínculo entre el adoptante y el adoptado el cual producirá efectos en el mundo jurídico.
6. A pesar de que hay autores que manejan diversos tipos de filiación, desde mi punto de vista la filiación cualquiera que sea el concepto o clasificación con la que se maneje, produce ciertos efectos en el mundo jurídico, toda vez que los derechos derivados de esta figura jurídica son los mismos para los beneficiarios de aquellos, asimismo las obligaciones que consagra la filiación son iguales en cualquier tipo y deben ser cumplimentadas por la parte a quien se le atribuyen dichas obligaciones o cargas.
7. Afortunadamente, nuestra legislación civil no hace una distinción de los tipos de hijos que existen, ya que de realizar esta clasificación se estigmatizaría a las personas no tanto por su nacimiento, sino por el origen en el que tuvo lugar la concepción y por lo tanto la sociedad marcaría a esa persona; sin embargo, nuestros Códigos Civiles, tanto Federal como para el Distrito Federal, no establecen ninguna distinción de hijos; claro está, a excepción de los hijos que son procreados dentro del matrimonio, y los hijos que fueron procreados fuera del vínculo matrimonial, pero a lo que me refiero es a que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

no establece si son producto del adulterio, del incesto, adoptados, etc. Y todos ellos gozan de los derechos que como hijos la ley les consagra.

8. A pesar de que la ciencia y la medicina a simple vista no tienen ninguna relación con el derecho, éstas coadyuvan a esclarecer determinados casos que tienen verdadera trascendencia jurídica como es el caso de la paternidad, en donde en muchas ocasiones se solicita una prueba de ADN, también conocida como CARIOTIPO y GENOTIPO para investigar la filiación que se tiene con una determinada persona cuando existen dudas de que realmente exista una filiación, o bien, de que ésta ya establecida, sea verdadera.

9. En la actualidad nos encontramos con un avance tan grande en la ciencia que ya ni siquiera es necesario tener cópula con persona de sexo distinto para engendrar un hijo, me refiero a las nuevas formas de reproducción humana, que son las que han hecho posible que las personas que hayan sufrido problemas de esterilidad puedan concebir por un medio distinto al natural, logrando que las parejas puedan tener una vida satisfactoria y plena porque la preservación de la especie es uno de los objetivos no solamente del matrimonio, sino de la humanidad entera.

10. Dentro de las nuevas formas de reproducción humana se encuentra contemplada la fertilización asistida que se da cuando la inseminación es artificial, sin embargo no encontramos una normatividad que sea basta en el tema; solamente podemos mencionar a la Ley General de Salud, quien hace una ligera mención sobre este tipo de fertilización sin abundar mas en el tema, situación que no pasaría si existiera una legislación que contemplara estas situaciones no solamente enfocadas desde el punto de vista de la salud, sino también desde el punto de vista familiar.

11. En relación con la conclusión anterior, si se presentara una controversia respecto a la filiación que tiene una persona que ha sido producto de estas nuevas formas de reproducción, lamentablemente no tendríamos una legislación que contemplara esta situación y ofreciera además una solución al conflicto, al carecer de alguna legislación

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que pudiera servir de apoyo en estos casos. Si bien es cierto tenemos nuestro Código Civil para el Distrito Federal y en él se contemplan figuras jurídicas como lo es la filiación, no es suficiente si quisiéramos resolver algún problema relacionado con la filiación de las personas nacidas con las nuevas formas de reproducción, o de la fertilización asistida. Por lo que se hace necesario que el legislador tome en cuenta que el derecho no puede quedarse atrás de los acontecimientos que producen reacciones en la sociedad, reacciones que en un momento dado debe de preveer y solucionar.

12. Otra de las nuevas técnicas de fertilización asistida es la maternidad subrogada; y se ha visto que en ocasiones se considera inmoral el hecho de que una mujer entregue al producto que ha llevado en sus seno durante el tiempo de gestación a otra mujer quien ha pagado por ello, empero el legislador tampoco ha contemplado esta situación la cual no por el hecho de no encontrarse legislada no quiere decir que no se lleve a cabo, además de legislarse esta maternidad subrogada, sería también más fácil solucionar los conflictos que pueden presentarse en relación a la filiación y con motivo de esta maternidad.
13. Es un hecho la falta de información que existe en nuestro país en relación a la reproducción asistida, si bien es cierto que la población no se encuentra en el desconocimiento total de que existen una forma de reproducción humana diferente a la natural, también es cierto que desconocen los pormenores y los beneficios que traería implícita la reproducción artificial, por eso considero necesario la elaboración de un programa de orientación en el cual la población en general pudiera asistir y disipar las dudas que tengan respecto a este tema.
14. Otro aspecto es el crioinformación, que por cierto, tampoco está contemplado dentro de nuestra legislación, me refiero a la Ley General de Salud. Como podemos darnos cuenta, nuestro derecho lamentablemente se ha quedado atrás de los avances de la ciencia y debería de actualizarse porque también dichos avances traen una repercusión en la sociedad. En el caso del crioinformación; tal pareciera que no trae consecuencias en nuestro derecho, sin embargo lo que muchas veces trae son

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

conflictos y en nuestro país lo que podemos observar es que si acaso solamente se contempla la donación de las células germinales y no se habla de que esas células solamente puedan mantenerse en criolmacenamiento, para que con posterioridad sean utilizadas por sus dueños, debido a que al establecerse la donación aquellas se dan por perdidas.

15. Otra de las situaciones que ha creado controversia es sin duda la inseminación post mortem, ya que el derecho solamente les reconoce capacidad a los seres humanos vivos; en virtud de que cuando éstos fallecen se da por terminada la personalidad, y no es posible que un muerto conciba un hijo. Yo no considero un hecho inmoral la inseminación post mortem, lo que sí considero es un egoísmo por parte de aquella persona que quiere tener un hijo de su pareja o cónyuge muerto, ya que le negaría a su hijo el derecho de tener una familia integrada y a tener un vínculo afectivo con su progenitor.
16. Por otra parte en relación a la fertilización asistida, no estoy de acuerdo con los fines que se le da en ocasiones a ésta, ya que estos fines implican la destrucción de un ser humano en su primera etapa de gestación. Realmente si un ser vivo ya sea embrión o feto es despojado de la vida, constituye una conducta que a parte de ser sancionada por el Derecho Penal, sería inmoral y cruel. No es posible concebir que si la ciencia ha constituido estos avances para lograr que los seres humanos puedan tener una vida plena y preservar su especie, se cometan actos tan crueles con los seres vivos que por ley tienen derecho a vivir.
17. La religión también ha tomado cartas en el asunto y reprueba los actos de fertilización asistida y califica como una inmoralidad la maternidad subrogada al manifestar que una mujer que ha llevado en su seno a un hijo no puede ni debe regalarlo o intercambiarlo por dinero. Por lo tanto ésta no siempre aprueba los avances de la ciencia, toda vez que el hombre ha llegado tan lejos hasta el punto de querer convertirse en Dios al intentar crear seres humanos, como es el caso de la clonación, pero no siempre la religión tiene la razón, yo no estoy de acuerdo con la clonación pese

a todos los beneficios con los que la misma ciencia la justifica; sin embargo, aplaudo los avances de la ciencia en materia de reproducción humana en virtud de que son de gran ayuda a las parejas que sufren problemas de esterilidad o de aquellas personas que desean tener un hijo. Asimismo a pesar de los tiempos en los que vivimos, la religión todavía ejerce mucha influencia sobre sus creyentes, dando como resultado la poca aceptación o el tabú hacia estas nuevas formas de reproducción.

18. Por otra parte, en cuanto al control natal habrá quien pensaría que los métodos anticonceptivos no tienen que ver mucho dentro del campo del derecho, de hecho existe dentro de nuestra máxima ley un artículo (para ser más específicos el cuarto) que consagra la libertad de tener hijos sin limitarnos a una cantidad específica; y la libertad de elegir el espaciamiento entre éstos, por lo tanto, también podemos ver implícita nuestra libertad sexual en virtud de que nuestra Carta Magna no nos impone que solamente podemos tener una sexualidad activa exclusivamente para procrear hijos. Es por ello que se han implementado programas de métodos anticonceptivos que cada vez van siendo más utilizados por personas de todas las edades; sin embargo, hoy día aún existen personas como los padres de familia que se oponen a que a sus hijos se les otorgue una asesoría respecto de este tema. Ahora bien, debemos pensar que gracias a los métodos anticonceptivos, los embarazos no deseados cada vez son menos y de hecho, lo que se quiere evitar con éstos, son las conductas delictivas como el aborto. Dicho lo anterior podemos darnos cuenta de que el control natal sí tiene un efecto dentro del campo jurídico.

19. En nuestro país, o bien por lo menos en nuestra ciudad, existe un instituto privado que cuenta con sofisticadas técnicas para llevar a cabo la inseminación artificial; se denomina Centro Mexicano de Medicina Reproductiva (CEMEDMER), sin embargo a pesar de que aparentemente se encuentra abierto a todo el público; al realizar este trabajo de investigación, en lo personal me encontré con obstáculos que pone el mismo personal en cuanto a la atención para un asesoramiento al plantear una duda; el Instituto cobra una cantidad excesiva y por lo tanto sus servicios son demasiado costosos, por lo que no puede decirse entonces que en realidad se encuentra abierto al

público en general. Por otra parte médicos especialistas, recomiendan al Instituto de Perinatología de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México, como una opción no menos favorable que la primera y que es más accesible económicamente hablando para la realización de estudios de esterilidad y de la práctica de estas técnicas. La diferencia entre aquellos dos institutos radica en que uno de ellos es de carácter privado y el otro es de carácter público.

20. En nuestro país deberían implementarse programas para nuestra población, con objeto de enterarlos tanto de las nuevas formas de reproducción humana como de sus consecuencias; todos aquellos beneficios y riesgos que conlleva una fertilización asistida, asimismo complementarla con información de los métodos anticonceptivos; su uso, beneficios, riesgos, reacciones secundarias, cuál es el más eficiente, etc., lo anterior, a fin de vencer aquella ignorancia en la que vive nuestra población de vencer ese miedo a lo desconocido que nos lleva al mismo punto que es la ignorancia. Por otra parte, pienso que sería una buena idea si además de llevar a cabo lo anterior, se adhirieran a ellos una dosis de asesoría jurídica a través de la cual a población pueda saber los efectos legales que produce este tema. En lo personal, creo que la información de estos programas debería hacerse llegar a la población por medio de los medios de comunicación masivos como es la radio, la televisión, periódico y actualmente internet.
21. Aunado a lo anterior, se considera necesaria la creación de un ordenamiento jurídico que regule de manera independiente el Derecho de la Familia, una ley en donde se contemplen todos los aspectos de la filiación, parentesco, alimentos, violencia intrafamiliar, custodia, patria potestad y nuevas formas de reproducción humana, etc. Hago especial énfasis en la creación de una legislación independiente a esta rama del derecho, toda vez que la legislación en materia de salud aún y con todos sus reglamentos que la componen en especial el reglamento para la investigación en materia de salud y el Código Civil, no son ordenamientos suficientes con los cuales se pudiera dirimir una controversia en materia de estas nuevas formas de reproducción humana.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

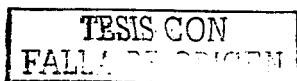
22. Al momento de que nuestro país se forme una cultura respecto de los métodos anticonceptivos, la fertilización asistida en todas y cada una de sus formas y con ello se formen los individuos su propio criterio, podremos aprovechar aún más los adelantos que realice la ciencia, tendremos el conocimiento necesario para aceptar o rechazar en un momento dado todo aquello que la ciencia nos ofrezca como un adelanto si consideramos que en lugar de producimos un beneficio, por el contrario, nos perjudique pero siempre con un antecedente, con un conocimiento ya que es ilógico rechazar algo que desconocemos si no en su totalidad, si en gran parte, es por eso que debemos formarnos nuestra propia cultura. Además, si aunado a lo anterior contáramos con un ordenamiento que previera aquellos actos dando una solución a los posibles conflictos suscitados que tuviera como legislaciones supletorias al Código Civil Federal y a la Ley General de Salud, tendríamos una seguridad jurídica respecto de todos aquellos actos y sus consecuencias; es decir, las personas tendrían un conocimiento jurídico de los actos que están realizando o que se encuentran próximos a realizar, de tal suerte que tanto la ciencia como el derecho irían de la mano, la ciencia con sus avances y el Derecho actualizándose para lograr el bienestar tanto en la biología, medicina, etc., como en el ámbito jurídico de toda la población de un país, que en este caso obviamente sería México.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS DE TEXTO:

1. AGUILAR GIL, Angel.
"Hablemos de sexualidad". Editorial MEXFAM. México 1996.
2. BAQUEIRO ROJAS, Edgar y
BUENROSTRO BAEZ, Rosalia.
"Derecho de Familia y Sucesiones", editorial Harla, México 1990.
3. BORDA, Guillermo A.
"Manual de Derecho Familiar", 15ª. Edición, editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1994.
4. BORDA, Guillermo A.
"Tratado de Derecho Civil Argentino. Familia", 5ª. Edición, Editorial Perrot. Buenos Aires 1973.
5. BOSSERT, Gustavo A. y
ZANNONI, Eduardo A.
"Manual de Derecho de Familia", 3ª. Edición actualizada, Editorial Astrea, Buenos Aires 1993.
6. CHAVEZ ASCENCIO, F. Manuel.
"La Familia en el Derecho", 2ª. Edición, Porrúa, México 1993.
7. CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F.
"La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares", 1ª. Edición, Porrúa, México 1984.



8. DIAZ DE GUJARRO, Enrique.
"Derecho de Familia", Tomo I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1953.
9. DIEZ PICAZO, Luis; y
GULLON, Antonio.
"Instituciones de Derecho Civil", Vol. II/z. 2ª. Edición. Editorial Tecnos, España 1998.
10. ELIAS AZAR, Edgar.
"Personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano", 2ª. Edición. Porrúa, México 1997.
11. ENNECCKERUS, Ludwing.
"Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia", 2ª. Edición 1963 y 2ª. Edición 1981,
editorial Bosch, Barcelona.
12. FIGUEROA CAMPOS, Beatriz.
"La Fecundidad en México: Cambios y perspectivas", Editorial Colegio México,
Centro de Estudios Demográficos y de Desarrollo Urbano, México 1989.
13. GAFO, Javier y
GUEVARA FLECHA, José María.
"Procreación Humana Asistida: aspectos técnicos, éticos y legales", Editorial
Universidad Pontificia Comillas, Madrid 1998.
14. GALINDO GARFÍAS, Ignacio.
"Derecho Civil. Primer curso. Personas y Familia", 14ª. Edición, Porrúa, México 1995.
15. GOMEZ DE LA TORRE, Marienuz.
"Fecundación in vitro y la Filiación", 1ª ed. Editorial Jurídica de Chile, Chile 1993.

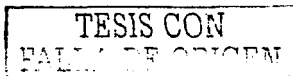
TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

16. GÓMEZ PIETRAIHTA, Hernán.
"Derecho de Familia". Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá, Colombia 1992.
17. GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián.
"Derecho Familiar". 2ª. Edición. UNACH. México 1998.
18. HERRASTI, Alicia y Pedro.
"Inseminación Artificial y Clonación". 2ª ed. Editorial EVC. México 1997.
19. IBARROLA, Antonio de.
"Derecho de Familia". 4ª. Edición. Porrúa, México 1993.
20. IBARROLA, Antonio de.
"Derecho de Familia". 3ª. Edición. Porrúa, México 1984.
21. II CONGRESO MUNDIAL VASCO 1987.
"La Filiación a finales del Siglo XX". Vitoria Gastéis, España 1987.
22. LA CRUZ, José Luis y
ALBALADEJO, Manuel.
"Derecho de Familia". Editorial Librería Bosch, Barcelona 1963.
23. LEMA AÑÓN, Carlos.
"Reproducción, Poder y Derecho". Editorial Total, Madrid 1999.
24. MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario.
"Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Familia". Porrúa, México.
25. MARGADANT S., Guillermo F.
"Derecho Romano". Editorial Estíngue, 25ª. Edición. Porrúa, México 2000.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

26. MAZEAUD, Henri, León y Jean.
"Lecciones de Derecho Civil", ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1965.
27. MAZZINGHI, Jorge Adolfo.
"Derecho de Familia". Tomo II. 3ª. Edición. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma. Sin Año.
28. MENDEZ ACOSTA, María Josefa; y
D'ANTONIO, Hugo Daniel.
"Derecho de Familia". 1ª. Edición. Santa Fe, Argentina.
29. MESSINEO, Francesco.
"Manual de Derecho Civil y Comercial", ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1971.
30. MONTERO DUHALT, Sara.
"Derecho de Familia". 5ª. Edición. Porrúa, México 1992.
31. MORO ALMARAZ, María de Jesús.
"Aspectos Cíviles de la Inseminación Artificial y la Fecundación In Vitro". Editorial Bosch. Barcelona 1988.
32. NUSSBAUM, Martha C. y
SUNSTEIN, Cass R.
"Clones y clones: Hechos y fantasías acerca de la clonación humana". Editorial Teorema. Madrid 2000.

33. PEREZ DUARTE Y N., Alicia Elena.
"Derecho de Familia" I.I.S., México 1990.
34. PETIT, Eugene.
"Derecho Romano", 12ª ed. Porrúa, México 1995.
35. PLANIOL.
"Derecho Civil", Colección Clásicos del Derecho. Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1996.
36. PINA, Rafael de.
"Elementos de Derecho Civil Mexicano", 19ª. Edición. Porrúa, México 1995.
37. ROJINA VILLEGAS Rafael.
"Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia", Tomo I, 26ª. Edición. Porrúa, México 1995.
38. RUGGIERO, Roberto de.
"Instituciones de Derecho Civil", editorial Reus S.A. Madrid 1931.
39. TRABUCCHI, Alberto.
"Institución de Derecho Civil", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1967.
40. VALVERDE Y VALVERDE, Calisto.
"Tratado de Derecho Civil Español", Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid 1925.
41. VAN DE VELDE, Theodor H.
"Fertilidad y Esterilidad en el matrimonio", Editorial Claridad, Buenos Aires 1949.



42. VERRUNO, Luis; y
HASS, Emilio J.C.

"Manual para la Investigación de la Filiación". Actualización Médico Legal. Sin Año.

LEGISLACIÓN:

43. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Editorial SISTA México D.F. año 2001.

44. Código civil para el Distrito Federal

Editorial SISTA. México D.F. año 2001.

45. Código Civil Federal

Editorial SISTA. México D.F. año 2001.

46. Código Penal Federal

Editorial Sista. México D.F. año 2000.

47. Ley General de Salud

Ediciones ISEF. México D.F. año 2001

48. Reglamento para la Investigación de la Salud

Ediciones ISEF. México D.F. año 2001.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

OTRAS FUENTES:

49. CENTRO MEXICANO DE MEDICINA REPRODUCTIVA (CEMEDMER).
50. DICCIONARIO ENCICLOPEDICO LAROUSSE. EDICIONES LAROUSSE.
México 1996.
50. ENCICLOPEDIA JUDAICA CASTELLANA S. DE R.L. Tomo VIII. México D.F.
1950.
51. LOPERIAS M. ENRIQUE. "Biotecnología la última revolución".Revista Muy
Interesante, editorial Televisa S.A. de C.V. Año XVIII, núm. 07. México 2001.
52. MIRANDA BRITO, Martín. "Derecho Familiar y las reformas al Código Civil".
Revista de la escuela de Derecho de la UNILA, núm. 01, septiembre-diciembre del
2000.
53. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN