

Estudios de Derecho Familiar



Ángel Salas Alfaro

Ricardo Sánchez Márquez
(Colaborador)

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de San Luis Potosí

San Luis Potosí, S.L.P., México, 1998

Estudios de Derecho Familiar



ÁNGEL SALAS ALFARO

Doctor en Derecho Privado, UNAM

RICARDO SÁNCHEZ MARQUEZ

(Colaborador)

Lic., en Derecho, UASLP y Estudios de

Doctorado en Derecho Privado, UNAM.

Estudios de Derecho Familiar

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma de San Luis Potosí

San Luis Potosí, S.L.P., México, 1998.

© Derechos Reservados *by*
Ángel Salas Alfaro
Ricardo Sánchez Márquez

© Universidad Autónoma de San Luis Potosí

ISBN-968-7674-38-5
0567-98017-A 0146

Editorial Universitaria Potosina

ÍNDICE

	Pág.
Presentación de la Obra	11
Estudio I. Concubinato.	15
Dr. Angel Salas Alfaro.	
I. Introducción.	15
II. Etimología. Referencias Históricas. Concep- to Prelegal.	16
II.1. Etimología.	16
II.2. Derecho Romano.	16
II.3. Derecho Indiano y Colonial.	18
II.4. Derecho Mexicano Moderno.	18
III. Derecho Mexicano Vigente.	19
III.1. Fundamentos Constitucionales del Con- cubinato.	19
III.2. El Concubinato y los conceptos jurídi- cos fundamentales del Derecho Familiar	19
III.3. Concepto Prelegal.	21
IV. ¿Debe darse una equiparación jurídica entre matrimonio y concubinato?	22
V. Requisitos legales para que exista el concubinato.	25
V.1. Libres de matrimonio.	25
V.2. Capacidad para contraer el concubinato.	26

V.3. Mínimo 5 años de vivencia común.	26
V.4. Cuando ya hay hijos.	27
VI. Efectos jurídicos del concubinato.	27
VI.1. Alimentarios.	28
VI.1.1. Entre concubinarios.	28
VI.1.2. Respecto a los hijos.	28
VI.2. Sucesorios.	29
VI.3. En cuanto al nombre.	30
VI.4. Indemnizatorios.	31
VI.4.1. Ley del Contrato de Seguro.	31
VI.4.2. Ley del ISSSTE.	32
VI.4.3. Ley Federal del Trabajo.	32
VI.4.4. Ley Federal de Reforma Agraria.	33
VI.4.5. Ley del INFONAVIT.	34
VI.4.6. Ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.	35
VI.4.7. Ley del Seguro Social.	35
VII. Derecho Extranjero.	36
VIII. Nueva Legislación Familiar Mexicana.	37
IX. Jurisprudencia Mexicana.	37
Conclusiones.	38
Bibliografía.	41
Legislación y jurisprudencia.	41
Estudio II. El parentesco en el Derecho Mexicano (Tipos, Grados y Líneas)	43
Lic. Ricardo Sánchez Márquez	
Introducción.	43
1. Parentesco consanguíneo.	44
1.1. Significado y definición.	44
1.2. Líneas y grados.	47

2. Parentesco y afinidad.	49
2.1. Significado y definición.	49
2.2. Líneas y grados.	51
2.3. Duración del parentesco de afinidad.	53
3. Parentesco civil o por adopción.	53
3.1. Significado y definición.	54
3.2. Líneas y grados.	55
4. Parentesco religioso o espiritual.	55
Conclusiones.	56
Estudio III. Derecho de la Senectud. (Bases para su Configuración Científica en México)	61
Dr. Angel Salas Alfaro	
I. Introducción y ensayo del Concepto.	61
II. Ubicación en el Sistema Jurídico.	64
III. Fuentes.	65
IV. Sujetos y Objeto.	66
V. Derechos humanos fundamentales de la Ancianidad.	67
1. Derecho a una Vida Digna.	67
2. Derecho al Respeto Social.	67
3. Derecho a la Familia.	68
4. Derecho a la Justicia.	68
5. Derecho a la Educación, la Cultura y la Recreación.	69
6. Derechos Políticos.	70
7. Derecho a la Salud.	72
8. Derechos Alimentarios.	73
9. Derechos Económicos y Laborales.	74
10. Derecho al Transporte y Vialidad.	76
11. Derecho de Asociación.	77
12. Derecho de Asilado.	78
13. Derecho a una Muerte Digna. ¿Eutanasia?	79

VI. Organos públicos y privados, nacionales e internacionales que se interesan por la Vejez.	79
VII. Organos de defensa sociojuridica de la Vejez.	80
VIII. Perspectivas de configuración del Derecho de la Senectud en México.	80
Conclusión unica.	81
Repertorio bibliográfico.	82
Estudio IV. La Filiación y el nuevo Derecho Genético.	85
Dr. Ángel Salas Alfaro	
I. Introducción.	85
II. La Genética y la Consideración de los Derechos Humanos.	86
III. La Filiación y las novedosas formas de procreación artificial.	87
IV. ¿Patentabilidad de los materiales genéticos?	102
V. Licitud e ilicitud de la Contratación con fines genéticos	104
VI. Status juridico del embrión.	107
VII Fecundación artificial y responsabilidad médica, civil y penal.	112

Los Autores

Dr. Ángel Salas Alfaro.

Licenciado en Derecho por la UASLP

Doctor en Derecho por la UNAM

Ex-investigador visitante, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y ex-profesor en esa Universidad

Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la UASLP, en Licenciatura y Posgrado.

Miembro de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas, con sede en Munich.

Director General de CAJOFI (Centro de Asistencia Jurídica y Orientación Familiar Integral), y de la Revista "Orientación Legal"

Miembro fundador de la Sociedad Potosina de Geriatria y Gerontología, A.C.

Abogado postulante en Derecho Civil, Familiar, Mercantil y Propiedad Intelectual.

Director del programa "Educación Jurídica Familiar", auspiciado por DIF y CAJOFI, en 1994.

Premio Estatal en Ciencias Sociales, 1992.

Autor del libro "Problemática Sociojurídica del Divorcio".

Miembro del Colegio Universitario de Ciencias y Artes, A.C. de S.L.P.
Diplomado en Derecho Angloamericano, en la Universidad de Texas, en Austin, E.U.A.

Consejero Asesor del Consejo Potosino de Ciencia y Tecnología.

Lic. Ricardo Sánchez Márquez.

(Colaborador)

Egresado de la Facultad de Derecho de la UASLP, con estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la UASLP.

Profesor auxiliar del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Campus San Luis).

Profesor de los cuatro cursos de Derecho Civil, en la Facultad de Derecho de la UASLP.

Profesor de Derecho de los Negocios en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Campus San Luis).

Profesor de Derecho Familiar en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UASLP.

Presentación

Es muy probable que el Derecho Familiar, sea la disciplina más dinámica de las que conocemos, simplemente porque su objeto fundamental es la familia y ésta es socialmente el hecho más dinámico e interesante, del que todo mundo nos ocupamos y del que muchos nos preocupamos, dada su evolución y los rasgos nuevos que viene adquiriendo, lo que nos sienta a pensar, a sociólogos, antropólogos, psicólogos, bioeticólogos, juristas, sobre el cómo enfrentar el nuevo modelo de familia y qué soluciones son aplicables para impedir una mayor desestabilización de ella.

Como algunos autores en este campo lo han apuntado, el Dr. Ignacio Galindo Garfias, vgr., el Derecho Familiar y su normativa, han permitido que el hombre, parte del núcleo de familia, alcance grandes objetivos, emocionales o sentimentales, de paternidad, económicos y otros.

Sin embargo, el Derecho Familiar, no debe de soltarse de la mano por el cambio brusco y acelerado que experimenta el grupo familiar, gracias a la transformación que le inducen sus componentes y los factores que la influyen, porque de otro modo, estaremos ante un Derecho y una legislación familiares, que se apliquen a una institución y a unos individuos que cada día dejen de ser los mismos.

Ahora, es innegable que el Derecho Familiar, aún no ha comprendido a todos los sujetos posibles de regulación por él, o que nula o relativa-

mente se ha ocupado de ellos. Hay personas que desean que sus derechos se les reconozcan y respeten cada vez más eficientemente, y otras que intentan que especial y no genéricamente, también se les haga gozar de sus privilegios: senectos, discapacitados, concubinarios, madres solteras, homosexuales, indígenas, etc., y el Derecho Familiar y los que sobre él legislan y deben de legislar, tienen que estar atentos para asimilar exigencias y necesidades de esos sectores sociales hasta hoy nula o insuficientemente contempladas por el propio Derecho Familiar y por los órganos de legislación.

La presente obra, intenta responder a quienes se encuentran en la marginalidad jurídica, para que sean escuchados por quienes deben finalmente atender su particular circunstancia y ofrecerles las soluciones que merecen.

Precisamente, tres de los temas aquí abordados y profundizados, se relacionan con grupos de personas con las características antes expresadas; otro tema más, es sobre una institución jurídica civilista que en otros trabajos no había sido estudiada con tanta amplitud, hasta que el Lic. Ricardo Sánchez Márquez, tuvo a bien emprender una investigación de tal alcance, integrándose sus resultados a esta obra.

Otro propósito, es coadyuvar al reforzamiento de estas temáticas, para estudiantes, profesores e investigadores, en las materias de Derecho Civil y Derecho Familiar, que están requiriendo fuentes de consulta que se ocupen de asuntos que actualmente, o no se han tratado o es apenas escasa su atención sobre ellos.

Así tenemos que acerca del Derecho de la Senectud, son poquitos los estudios efectuados: en torno a la fecundación artificial y sus implicaciones jurídicas, todavía es muy poco el material producido; del concubinato, se ha mantenido estático lo escrito por juristas; y en lo del parentesco, hacia falta un análisis completo y sistematizado como el que aquí se presenta.

Con estas motivaciones y gracias al interés que ustedes muestren por nuestro trabajo, cumpliremos el objetivo, pidiéndoles disculpas anticipadas por las fallas u omisiones que adviertan en la lectura.

Dr. Ángel Salas Alfaro



ESTUDIO I CONCUBINATO

Ángel Salas Alfaro

I. Introducción. II. Etimología. Referencias Históricas. Concepto Prelegal. II. 1. Etimología. II. 2. Derecho Romano. II. 3. Derecho Indiano y Colonial. II. 4. Derecho Mexicano Moderno. III. Derecho Mexicano Vigente. III. 1. Fundamentos Constitucionales del Concubinato. III. 2. El Concubinato y los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho Familiar. III. 3. Concepto Prelegal. IV. ¿Debe darse una equiparación jurídica entre matrimonio y concubinato? V. Requisitos legales para que exista el concubinato. V. 1. Libres de matrimonio. V. 2. Capacidad para contraer el concubinato. V. 3. Mínimo 5 años de vivencia común. V. 4. Cuando ya hay hijos. VI. Efectos jurídicos del concubinato. VI. 1. Alimentarios. VI. 1. 1. Entre concubenarios. VI. 1. 2. Respecto a los hijos. VI. 2. Sucesorios. VI. 3. En cuanto al nombre. VI. 4. Indemnizatorios. VI. 4. 1. Ley del Contrato de Seguro. VI. 4. 2. Ley del ISSSTE. VI. 4. 3. Ley Federal del Trabajo. VI. 4. 4. Ley Federal de Reforma Agraria. VI. 4. 5. Ley del INFONAVIT. VI. 4. 6. Ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. VI. 4. 7. Ley del Seguro Social. VII. Derecho Extranjero. VIII. Nueva Legislación Familiar Mexicana. IX. Jurisprudencia Mexicana. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

I. Introducción.

En el contexto del Derecho Familiar y sobre todo en las nuevas tendencias que ha mostrado en los años recientes, el tema del concubinato sigue ocupando una posición relevante, centrándose la discusión en torno a él, en la cuestión de la necesaria o innecesaria equiparación jurídica, con la histórica institución del matrimonio, aunque el concubinato desde luego tiene su propia historia, además muy interesante, y que más o menos ha ido a la par con el desarrollo histórico del matrimonio.

En cuanto a los alcances del tema, dada la destinación de esta obra, no se agota el análisis de la figura, y más que nada porque una parte impor-

tante del tema, ni siquiera ha sido analizado por los *Ius* civilistas y los *Ius* familiaristas, como la relativa a la situación jurídica de la, por así decirlo, "primera concubina", que al expresarse así, como lo veremos, es indebido, siendo una falla garrafal del propio legislador. Otro punto inabordable hasta hoy, que es un aporte personal, es el de la posible adopción de una persona, por los concubinarios en forma conjunta. Y hay desde luego otros puntos por demás interesantes: la cuestión patrimonial entre ellos, la contratación, etc.

De cualquier modo, para lo que nos proponemos, tienen ustedes aquí un esquema fundamental de desarrollo del tema.

II. Etimología. Referencias Históricas. Concepto prelegal.

II. 1. Etimología.

El vocablo concubinato, proviene del latín *concubinatus*, que se refiere a comunicación o trato de un hombre con su concubina.¹

II.2. Derecho Romano.

En el prestigiado Derecho Romano, que junto con nuestro interesantísimo Derecho Indiano, que son los únicos sistemas a que aludimos en este estudio, la unión concubinaria tenía una categoría inferior a la *iustae nuptiae*, al estar ausente la *affectio maritalis*, considerándose sólo animicamente como marido y mujer, pero sin que se reconozca al hombre, el carácter de padre.

Quienes regularmente entraban en concubinato, eran las mujeres púberes, esclavas o manumitidas y las ingenuas, que en forma expresa deseaban reducirse a la categoría de concubinas.

En el derecho clásico, el concubinato fue tolerado. En el postclásico se reguló más ampliamente. Justiniano distingue entre hijos nacidos de concubinato y los *vulgo concepti* pudiendo ser aquéllos legitimados. Constantino intentó abordarlo, considerándolo como contrario a la moral

¹ Pérez Duarte, Alicia. (Concubinato). *Diccionario Jurídico Mexicano*, T II, Méx., UNAM, 1983, p. 191

crisiana. Hasta los emperadores cristianos, Basilio Macedor y León *el filósofo*, pudo darse una proscripción social.²

Durante la monarquía, con Numa Pompilio, gracias a la separación de potestades civiles y religiosas, fue posible regular jurídicamente el concubinato, con una enorme influencia griega. En la época de la república, por razones políticas y religiosas -raciales diría yo- al no poder contraer matrimonio los plebeyos y esclavos, sólo los patricios, se vieron forzados a recurrir a la unión concubinaria para formar sus familias. Es hasta la *Ley Camuleia*, la que da la posibilidad de que plebeyos y patricios, puedan contraer matrimonio entre sí.

Con César Augusto, en la ley penal *adulteris coercendis*, dictada para reprimir el divorcio y el adulterio, se hace una excepción, otorgando una especie de sanción legal al concubinato.³

En realidad, aunque aquí sólo ponemos atención en el Derecho Romano, el fenómeno concubinario se remite a los primeros tiempos de la humanidad; eso sí, desde siempre -según Rojina Villegas- la figura en tratamiento se ha fundado en un criterio moral o ético. Doctrinariamente ha sido visto por muy diversas y polarizadas actitudes, desde considerarlo como un estado ajurídico, pasando por el derecho canónico como causa de excomunión, hasta una deseable tendencia actual, de equiparlo con el matrimonio.⁴

La tendencia última que se menciona, ha cobrado recientemente un impulso, expresado legislativamente, cuando diversos códigos civiles y familiares, que en su momento anotaremos, han equiparado parcial o totalmente al matrimonio, con el concubinato. Advierto una inquietud creciente en ese sentido, en el medio nacional.

2 *Loc. cit.*

3 Morales Mendoza, Benito: "El Concubinato" *Revista de la Fac. de Derecho de México*: T. XXXI, Enc.-Abr., 1981, No 118, UNAM, pp. 224 y 225.

4 *Ibidem*, pp. 217 y 218.

II.3. Derecho Indiano y Colonial.

Sin preámbulos, los aztecas, paralelamente al matrimonio, practicaron la unión concubinaria de dos maneras. La primera - según López Austin- como matrimonio provisional "sujeto a la condición resolutoria del nacimiento de un hijo". Al ocurrir esto, los padres de la *tlacalla cahuilli* exigían al marido provisional que la dejase o contrajese nupcias con ella, para dar definitividad a la unión. La segunda, se concertaba por voluntad de quienes se unían y sin autorización de la madre. En estos casos, la relación concubinaria se originaba por razones económicas, es decir, por el costo tan elevado de una ceremonia matrimonial. Otra razón, la práctica tan común del robo de mujeres, sobre todo por los grandes señores.⁵

En otra fase de la historia mexicana, la época colonial, el concubinato fue atendido por el derecho castellano con su mismo carácter represivo como al adulterio. La Recopilación de Leyes de Indias de 1680, no tuvo en esta materia ninguna aplicabilidad.⁶

II.4. Derecho Mexicano Moderno.

Al iniciarse la legislación civil mexicana independiente, en Oaxaca, 1827-1829, se destacan los aspectos del registro y sucesión de los hijos naturales, quedando incluidos seguramente los nacidos de padres concubinarios. En la ley del matrimonio civil de 1859, se alude al concubinato público del marido como causal de divorcio.

En otros ordenamientos, Ley orgánica del Registro Civil, Código Civil de 1870, Códigos Civiles del D.F., y Territorio de Baja California y Ley de Relaciones Familiares de 1917, se sigue la directriz marcada por el citado código oaxaqueño.⁷

En resumen de lo histórico, así como siempre la familia se ha fundado en la figura sociojurídica del matrimonio, también en toda sociedad han

5 *Ibidem.*, pp.245 y 246.

6 *Ib.*, p. 246.

7 *Ib.* pp. 247-249

existido vínculos familiares constituidos fuera del contexto matrimonial. México heredó, por la conquista española, la tradición jurídica romana y en consecuencia, su realidad social muestra la misma imagen.⁸

III. Derecho Mexicano Vigente.

III. 1. Fundamento constitucional del concubinato.

En el derecho constitucional mexicano, no se contempla específicamente al concubinato, sino solamente de modo indirecto, pues diversos artículos de nuestra ley máxima se refieren a la familia y a ciertos derechos familiares. Naturalmente que la concubinaria es una familia. Así el artículo 3o. declara, en relación con la familia, que la educación tenderá a lograr la integridad familiar. El artículo 4o. párrafo primero, prescribe que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia. El 27, que prevé conforme a las leyes locales la organización del patrimonio de familia. Y el 132, relativo al embarazo de la mujer que trabaja, evitándole esfuerzos peligrosos para su salud y para su producto en gestación.

Los citados preceptos, como vemos, para nada se refieren directamente a la familia concubinaria, sin embargo, al no excluirse tampoco de objetivos y privilegios, cabe perfectamente en la protección legal constitucional. Así lo expresó en su ponencia, en el V Congreso Mundial de Derecho Familiar, Flavio Galván Rivera, profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM.

III.2. El concubinato y los conceptos jurídicos fundamentales del Derecho Familiar.

En un acertado método, Morales Mendoza, somete al concubinato a la prueba de los supuestos jurídicos fundamentales del Derecho Familiar: Relación Jurídica; Supuesto Jurídico; Sujeto de Derecho; Objeto Jurídico (derechos subjetivos familiares, deberes jurídicos y hechos, actos y negocios jurídicos), viendo si puede pasarla, para entonces definir la esencia jurídica de la debatida figura.

⁸ *Ib.*, pp. 249 y 250.

Según el análisis de la vida social, no hay duda del elemento material del concubinato; lo que falta es el elemento formal a cargo del ordenamiento jurídico para calificar esas relaciones -vinculaciones de conducta-, de *facto*. No limitarse a los efectos, que es un paso además posterior; antes de eso se requieren los supuestos. A las ya conocidas fuentes de las relaciones familiares, matrimonio y parentesco, deben agregarse al concubinato, como el mismo divorcio. Hay aspectos que la escasa regulación jurídica ha dejado fuera: El patrimonial entre concubenarios, el deber alimentario entre sus miembros, etc., lo que les impide, en las condiciones actuales, un pleno desarrollo económico, político y social.⁹

Ahora, ante la duda de si los protagonistas del concubinato, son sujetos de derecho, la respuesta es negativa. Los concubenarios y sus hijos son sujetos del Derecho Familiar, por la función jurídica que desempeñan en el parentesco o en el reconocimiento, pero los concubenarios no lo son pues no existe la relación jurídica entre ellos.¹⁰

El examen sobre supuesto jurídico y objeto del derecho, también lo repueba el concubinato, pero no por su culpa, sino del legislador, pues los derechos subjetivos aparecen manifestados limitadamente por la ley, a los sujetos parte del concubinato. No es posible un pleno ejercicio de aquellos, por la insuficiente regulación. Y si no hay derecho, tampoco deberes.¹¹

Finalmente, ¿qué es el concubinato? ¿hecho, acto o negocio jurídico? No es hecho jurídico, porque en éste la voluntad humana es independiente de las consecuencias jurídicas. La unión concubinaria supone manifestación de voluntades (sin reconocimiento legal), cuyo consentimiento forma la familia. En cambio, son hechos jurídicos, el nacimiento, la mayoría de edad, etc.

Tampoco acto o negocio jurídico, pues la voluntad de los concubenarios

⁹ *ib.* pp. 251 y 252

¹⁰ *ib.* p. 254

¹¹ Morales Mendoza, *ib. cit.*, pp. 255 y 256

no engendra directamente derechos y obligaciones familiares. El hecho de que dos personas vivan en *more uxorio* -Messinneo- no lo reconoce la ley, pues de la unión no derivan relaciones de derecho privado, ni personales, ni patrimoniales.

Igualmente se niega el carácter de negocio jurídico al concubinato, pues en el derecho familiar y en el derecho civil los negocios se asemejan teóricamente a los actos jurídicos.

Total que ninguno de los supuestos jurídicos fundamentales se cumplen en el concubinato, como tampoco los requisitos de validez, y mucho menos la solemnidad, de los de existencia, por lo que queda calificado el concubinato como un hecho jurídicamente inexistente; como una relación social o de hecho –según Soto Gordo y Galindo Garfias–, respectivamente en período de transición, con proyección jurídica (no reconocida) pero por la vía de supuestos jurídicos ajenos.¹²

III.3. Concepto prelegal.

De momento, no podemos hablar más que de un concepto prelegal dado que la legislación carece de definiciones sobre concubinato. En el caso, nos apoyamos en el que proporciona Galván Rivera, que a la letra dice: "Es el hecho jurídico lícito y voluntario, por el que un solo hombre y una sola mujer, libres de matrimonio, sin impedimentos y con capacidad para celebrarlo entre sí deciden hacer vida en común, de manera permanente y tratarse como cónyuges".¹³

Para el citado, es un hecho jurídico porque sólo se regulan algunas de sus consecuencias, sin considerar la intención de los sujetos; es decir, los efectos derivan de la ley en forma directa, inmediata y exclusiva. En el punto, la aseveración de que es hecho jurídico, no coincide con lo expresado por Morales Mendoza, ni con otros autores que se han citado, al estudiar los conceptos jurídicos fundamentales.

12. *Ib.* pp. 256-262.

13. "Juicio". Revista especializada, Dir. Raul Juárez, época I; No 9, Mar., Mex., 1990, p. 10.

Dice también, que es un hecho voluntario, requiriéndose la manifestación libre de los concubinarios de hacer vida común; pero ni esto pide la ley. Estamos hablando de una propuesta deontológica; no porque la ley exija este requisito.

Es lícito, porque no existe norma legal que lo impida, ni tampoco es contrario a las buenas costumbres. En todo caso, creo que es una figura legalmente definida, que aunque se dan algunas consecuencias efecto del concubinato, no existe ninguna mención conceptual o definitoria de él; a eso me refiero con lo indefinido, no a que la ley ni siquiera lo mencione.

Se requiere que ambos estén libres de compromiso matrimonial, teniendo plena capacidad para celebrar –me gusta más el término crear o constituir– la relación concubinaria. Celebrar me da una idea de formalizar, lo cual por ahora es más que imposible; si acaso como en los códigos familiares hidalguense y zacatecano, exigen su registro, pero entiendo que no hay todo un ceremonial, como en el matrimonio, para que se dé su solemnización.

Los demás requisitos, que no comenta el citado Galván, exigen una toma de decisión; que los interesados de compartir un lecho y una casa y formar los hijos que deseen, sin que a éstos se les afecte, señalándonos como antaño, psíquica y socialmente, por su calidad de nacidos de concubinato.

Se requiere también permanencia y continuidad en la relación, que conduzca a una estabilidad, siguiendo realmente los concubinarios una actitud de hecho, conyugal.

IV. ¿Debe darse una equiparación jurídica entre Matrimonio y Concubinato?

Sin precisar en qué momento se inició, subsiste y se agudiza un debate sobre la necesaria o innecesaria equiparación jurídica de la institución matrimonial y el concubinato. Presenció una de las fases de la

discusión, cuando asistí al V Congreso Mundial de Derecho Familiar, celebrado en San Cristóbal de las Casas, Chiapas, en septiembre de 1988. Fundamentalmente juristas argentinos, franceses y mexicanos, figuraron como los principales protagonistas del análisis.

Sin expresarlo con claridad, el francés François Chabas,¹⁴ apunta una tendencia posiblemente equiparatista de su legislación, diciendo que de acuerdo al artículo 340 de su *Code Civil* es posible investigar la paternidad cuando los padres han vivido en concubinato, durante la concepción, igualmente, que los derechos hereditarios son iguales para los hijos legítimos y los de concubinato, aunque aquí sí la ley procura que el estatuto legal de unos y de otros, sea lo más desigual.

Indica, que la corte de casación impone al concubinario, el no dejar en estado de abandono a la concubina, teniendo incluso acción para reclamar posibles daños.

Y entre los aspectos que aún no atiende el derecho, comenta Chabas, resalta la cuestión patrimonial entre los sujetos del concubinato: no hay comunidad de bienes, donaciones, contratos, propiedades, etc.

Yo agrego otros detalles aún intocados por los estudiosos y la lista puede alargarse; si se habla de donaciones, habría que dividir entre, -yo las llamaría preconcupinarias, como en el matrimonio las antenuptiales- y las concedidas durante el concubinato. Habría que analizar también la factibilidad de una promesa de concubinato, similar a los esponsales.

Finalmente, Chabas propone un estudio interdisciplinario sobre el tema, que comprenda aspectos morales, teológicos, antropológicos, sociológicos y jurídicos.

Incidiendo en el debatido tema, Julián Guitrón Fuentesvilla,¹⁵ de México,

14 Notas de su ponencia.

15 Notas del Congreso citado.

si expresó en su ponencia la idea clara y firme de que debe procurarse la equiparación, tomando en cuenta que, según dijo, el 60% de las parejas en México, viven en concubinato. Que además el Código Civil del D.F., reformado, artículos 1368 V y 1365, confieren derechos hereditarios a los concubinarios, como si estuvieran casados; igualmente en materia de alimentos, el artículo 302, *in fine*.

En el mismo sentido, se pronuncia el Lic. Corro, sobre todo, partiendo de su vivencia como juez de lo familiar, en el primer estado mexicano que independiza su legislación familiar, sustantiva y adjetiva, de la civil, como lo es el de Hidalgo, en 1983. En esta ley, se prevee el registro del concubinato, al igual que el del matrimonio, pudiendo disolverse en la misma forma que aquél.

En una postura antagónica a la anterior, los hermanos Mazeaud,¹⁶ no están de acuerdo en que se equiparen las figuras que se analizan, porque con ello se incita a mantener al concubinato. Señalan que la jurisprudencia francesa se ha regido siempre por el principio, que aplican los tribunales, de que el concubinato es una situación inmoral, que no puede crear derechos, aunque para proteger intereses de terceros, si es posible que se creen algunos.

Se entiende que el sistema francés, contemplando al concubinato, no se desliga del fundamento histórico de la inmoralidad, pero de otro modo no habría forma de proteger intereses de los propios concubinarios, de sus hijos y de otros terceros (acreedores, beneficiarios, causahabientes, etc.), si la relación concubinaria quedara limitada en sus efectos, a las personas así ligadas, creo que no habría problemas, pero como se inmiscuye a otros sujetos diversos de ellos, aquí sí, la ley tiene que determinarse para ver cómo protege y garantiza sus derechos subjetivos, y no se puede dejar a medias tazas un fenómeno vivo y constante inmerso en las sociedades. Tal vez la intencionada semiregulación jurídica del con-

16 Henry, León y Jean; *Lecciones de Derecho Civil*, pte. I. Vol. III, ediciones Europa-América, Buenos Aires, 1959, pp. 55 y 56.

cubinato, provoque que se desalienten uniones de este tipo, pero, ¿qué hacer por quienes, por su culpa o sin ella, se encuentran en situación de concubinato?

Sin que haya manifestado todavía mi posición en el tema, ya adelante algunos argumentos que insinúan mi óptica al respecto, ubicándome en los sujetos de la relación.

Lo que tampoco puede dejar de hacerse, es poner en práctica acciones tendientes para difundir la mayor conveniencia de la unión legítima y disminuir el índice de la concubinaria. Pienso en conferencias de orientación, programas televisivos y radiales, prensa escrita, folletos, etc.

Ahora, en caso de lograrse paridad jurídica, matrimonio-concubinato, tendrá que sujetarse a requisitos más rígidos que el matrimonio: el registro, la comprobación real, no artificiosa fraudulenta, de las condiciones fijadas por la ley, en suma, demostración fehaciente de la relación concubinaria.

V. Requisitos legales para que exista el concubinato.

V. 1. Libres de matrimonio.

Si ninguna de las personas que se ostentan como concubinario y concubina, tienen algún compromiso matrimonial, pueden muy bien acreditar para los pocos efectos legales, su matrimonio de hecho, o por comportamiento, como dice el Dr. Ortiz Urquidi. Es una condición insalvable. Además, con eso se le confiere seriedad a la unión, aunque ello no impida que se cometan fraudes en perjuicio de la ley y de las personas, en nuestro medio, es prueba plena de la capacidad de ingenio del mexicano. Pero aquí surge una interrogante ¿cómo demostrar materialmente que no se es casado? Se puede comprobar el matrimonio, por ser un hecho positivo, pero la soltería, que es un hecho negativo ¿por testigos? Ni modo de pedir constancias a todas las direcciones de registro civil en México, de que no se es casado. Pues no hay otra cosa, como se sigue en la práctica, más que con testigos dignos de fe, con la einsteniana relatividad que ello implica. De hecho hay y se han dado soluciones

prácticas, pero en principio me llama la atención la exigencia del requisito.

V.2. Capacidad para contraer el concubinato.

Se requiere que ambas personas tengan aptitud legal para asumir obligaciones y ejercitar derechos. Aquí nada de minoría de edad o concepción precoz, que como excepciones hacen posible la celebración del matrimonio. De no ser así, habría que aplicar la teoría de la ineficacia al hecho concubinar, constituido por incapaces y hasta eso no se ha llegado. Eso sería motivo de otros análisis.

V.3. Mínimo cinco años de vivencia común.

Cualquier relación discontinua, ocasional, o hasta clandestina, no puede reconocerse como concubinaria. Aunque no pueden aplicarse estrictamente los elementos de la prescripción pacífica, continua y pública, como lo prevén los códigos de Hidalgo y Zacatecas, así como el anteproyecto, pero eso más o menos requiere un concubinato para que se acepte como tal. No hay en los preceptos jurídicos que aluden a la figura, exigencias específicas, sólo una general: Que se hayan llevado como si fueran cónyuges.

Ahora, ¿por qué cinco años y no menos o más? Ignoro el motivo. Tal vez por fijar una cifra razonable, conciliadora. Para el Nuevo Código Civil de Puebla de 1985, son suficientes dos años. Igualmente, desconozco las razones por las que se fija ese lapso.

El Anteproyecto, copia casi fiel, y autoralmente infiel, del código familiar hidalguense, si precisa los citados elementos o requisitos para considerar un concubinato, en cuanto a que deba ser una relación continua, pública y permanente. Nada más faltó que se hiciera una separación de relaciones de buena fe (más correctamente buena intención) y de mala, para no distinguir ya entre concubinato, y prescripción. Por mi parte, creo que el plazo es lo de menos; lo más importante es que efectivamente entre la pareja en concubinato, exista un verdadero estado de comunidad física, espiritual y patrimonial, siendo circunstancias sujetas a pruebas veraces, para disipar dudas sobre su real existencia.

V.4. Cuando ya hay hijos.

Desde luego no es un requisito, sino un hecho que obliga, por interés de la descendencia, a proteger a ésta y asistirle en todas sus necesidades. Esto hace a un lado el tiempo de los cinco años. La intención es clara: proteger a los hijos, aunque realmente nueve meses o más, es decir el tiempo que antecede a la concepción, no configura una verdadera relación. Tal vez ni los propios sujetos sepan a ciencia cierta que son concubenarios. Hasta que se presenta la ocasión de ejercitar algún derecho, es cuando se somete a comprobación si existe concubinato, por lo que no hay cómo que ese tipo de relaciones, se oficialicen mediante su inscripción.

Por otro lado, los preceptos que se refieren al concubinato (*vgr.* el 1214-V, del CCSLP), advierten que si son varias "concubinas", ninguna tendrá derecho. Aquí cabe la aclaración (Galván) de que la concubina es solamente una; no pueden coexistir jurídicamente varias, ni varios concubenarios; la naturaleza jurídica del concubinato es la singularidad, no la pluralidad.¹⁷ Aunque también como apuntó el abogado Ocaña, de El Salvador, en el referido Congreso, en cuanto a qué culpa tiene la primera de las concubinas, por así decirlo, de que su concubinario haya tenido simultánea o sucesivamente otras. Siendo así, se afecta a esa llamada "primera" jurídicamente única y a la posible descendencia. Como está redactada la ley, se está sancionando a las víctimas y no al ofensor y eso definitivamente es absurdo. Debe de sancionar más bien al concubinario abusador, por haber establecido relaciones concubinales con más de una mujer.

VI. Efectos jurídicos del concubinato.

El vigente Código Civil de 1928, reconoce por primera vez a este tipo de relaciones libres de matrimonio.

El Dr. Galindo Garfias,¹⁸ nos dice que conviene antes que nada precisar

¹⁷ *Op.cit.*, p.10

¹⁸ *Derecho Civil*, Primer Curso, parte general, personas y familia, 2a. ed., Méx., Ed. Porrúa, 1976: p. 451.

los conceptos. En primer lugar no son jurídicas las uniones transitorias de un hombre y una mujer. El Derecho sólo reconoce ciertos efectos a la vida en común permanente, que de hecho, sin forma legal, tiene lugar entre un hombre y una mujer. Debe ser prolongada por un tiempo mínimo, en el que debe tener lugar la cohabitación, -la relación sexual-, ya no hay que andar con escondrijos.

VI.1. Alimentarios.

VI.1.1. Entre concubinarios.

En este aspecto, produce efectos el concubinato, dándose prácticamente una equiparación con el derecho alimentario, derivado del matrimonio. Pero me refiero a lo contemplado por el Código Civil del D.F. (art. 302, *in fine*), así como por el código Civil Potosino (art. 263), que se queda todavía corto en la regulación, limitando el derecho alimentario a los cónyuges. Solicito desde aquí, que se incorpore la facultad, a los concubinarios. Quien también los considera, es el Anteproyecto, en el artículo 143.

Sin embargo, en materia de sucesión testamentaria (art. 1214-V, CCLP), se impone al de *cujus* el deber de dejar y garantizar su cuota alimentaria "a la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron a su muerte o con quien tuvo hijos..."

Pero de lo expuesto, hay que aclarar que se trata de dos situaciones diferentes. Una, por la relación normal del concubinato, en la que nuestra legislación civil local no concede derechos alimentarios, ni al concubinario ni a la concubina. Otra situación es que hasta el momento de formularse testamento, aquí sí nuestra codificación civil, al igual que la distritofederalense, imponen el deber al autor de la sucesión. Se entiende que ese derecho alimentario tiene todas las características que le son propias, empezando con la reciprocidad. El concubinario deudor, tiene igualmente derecho de que le sean provistos.

VI. 1.2. Respecto a los hijos.

El concubinato dá lugar a que se presuman hijos del concubinario y

de la concubina, los concebidos por ésta durante el tiempo que vivieron juntos habitando bajo el mismo techo. Igualmente, los hijos nacidos dentro de los 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan en los 300 días a partir del día siguiente en que cesó la cohabitación.¹⁹

Establecida la paternidad, la ley concede a los hijos el derecho de percibir alimentos (art. 389-II y III, CCDF).

En el caso, sobre todo por la vía del reconocimiento de la paternidad y la maternidad, surge el derecho de los hijos de los concubinarios, a quien se les entregue su cuota alimentaria. No existe, como sí lo hay respecto de los concubinarios, un señalamiento expreso de que los hijos de concubinato adquieren el derecho –deber de los alimentos–, lo que creo que debiera de especificarse; si se hace con los concubinarios, mucho más debe de hacerse con los hijos de ellos.

Lo que si dejan claro los códigos de apoyo (arts. 387 y 347, respectivamente), es que el hecho de darse alimentos, no significa por sí sólo prueba o presunción de paternidad o maternidad, ni que puede tampoco tomarse como razón para abocarse a investigarlas.

VI.2. Sucesorios.

Solamente cumpliendo los requisitos que exactamente señala la ley, para considerar un concubinato, nace entre los protagonistas el derecho sucesorio, según los artículos, o de acuerdo con ellos, 1635 del CCDF y 1471 del CCSLP. Por cierto, en aquél código, en el capítulo VI, que regula la materia, el encabezado es "De la sucesión de los concubinos" (Ya se advirtió la erroneidad del término "concubinos"). El Código Civil local, igualmente en su capítulo VI, lo encabeza "De la Sucesión de la Concubina", lo que aquí, en principio, la igualdad jurídica de hombre y mujer, no ha llegado, aunque hasta el final del artículo que se cita, se contempla la posibilidad de que el concubinario pueda adquirir por he

19 Galindo Garfías, *ob. cit.*, pp. 451 y 452.

rencia, pero sólo la mitad, los bienes de la concubina, y eso cuando no haya descendientes, ascendientes, cónyuge o cualquier otro pariente; la otra mitad corresponde a la beneficiencia pública.

En este asunto, debe procurarse una reforma legislativa en los términos y forma, hasta gramatical, de como lo tiene estructurado el CCDF.

El mismo precepto que se cita, de nuestro código local, y aquí sí de modo diferente al distritofederalense, prevé distintas situaciones y reglas en los casos de concurrencia, pero solamente de la concubinaria, con otros parientes del autor de la sucesión, remitiéndonos a su consulta.

Todo lo dicho, se refiere a la sucesión legítima, pues en cuanto a la testamentaria, el artículo 1214, fr. V, impone al testador el deber de dejar alimentos a la persona con quien legalmente vivió en concubinato, a condición de que el superviviente no pueda trabajar o sus bienes sean insuficientes.

En cuanto a los hijos, al igual que en el derecho alimentario, la presunción de paternidad permite otorgarles porción hereditaria, conforme al artículo 389, fr. III y 1607 del CCDF, siendo sus equivalentes en el código nuestro, los artículos 349-III y 1443.

VI.3. En cuanto al nombre.

De nueva cuenta es la figura del reconocimiento, la que nos conduce a ubicar a la concubinaria y a los descendientes de ésta y del concubinario, en un posible derecho al apellido, según lo prescriben de modo general las legislaciones civiles tradicionales y en específico, los modernos códigos familiares.

Por lo que hace a los hijos, dado el proteccionismo psicosocial, económico y jurídico que se pretende en general para los descendientes, sin distinción de la fuentes que les da vida –matrimonial o extramarital–, lo racional es permitirles adquirir el nombre de los progenitores que los reconozcan.

Al efecto son invocables los artículos 389-I del CCDF, 349-I del CCSLP, el contenido de los dos artículos es diferente del CFH y del CFZ, 144 y 145 del ACFSLP.

Por lo que respecta a la concubinaria, la nueva codificación familiar le niega el derecho para usar el apellido del concubinario, y aquí si ni modo que promueva una acción de posesión de estado concubinal, hasta aquí no ha llegado la corriente equiparatista. Aunque empíricamente se tome en cuenta el concubinato como un estado civil, formalmente los códigos no lo tienen contemplado así, al menos los civiles, pues los familiares si conceptúan a la figura.

VI.4. Indemnizatorios.

Los de este carácter, provienen de diversas instituciones pertenecientes a los sectores de salud, vivienda y agrario, incurriendo también en la falla de la legislación ordinaria, en cuanto a la mención de no entregar la indemnización prevista, cuando se trata de dos o más relaciones concubinarias.

VI.4. 1. Ley del Contrato de Seguro.

En este ordenamiento, en el capítulo denominado "Disposiciones especiales del contrato de seguro sobre las personas", aparecen algunas menciones, aunque no directas, en las que el, o la concubina, pueden ser beneficiarias de un seguro privado.

En principio, está la declaración del artículo 164, segundo párrafo, de que si solo se designó un beneficiario y éste murió y no existe otra designación, "el importe del seguro se pagará a la sucesión del asegurado". Pues por este conducto, la concubina puede adquirir dicho importe.

El artículo 173, determina que ni hay descendientes ni cónyuges que puedan recibir los derechos del seguro, serán beneficiarias las demás personas con derecho a la sucesión.

Igualmente, son de examinarse los artículos 174 y 175, que se refieren a la concurrencia de beneficiarios hijos, y cónyuge sobreviviente y a la

repartición de la indemnización entre ellos, y en el caso de falta de hijos o cónyuge que, como se indica, se resuelve de conformidad con el derecho de sucesión.

VI.4.2. Ley del ISSSTE.

Esta exige, como es normal, que la edad y el parentesco con el titular, se haga en los términos de la legislación civil, pudiendo la institución, verificar la autenticidad de los documentos presentados.

Se mencionan diversas circunstancias originadoras de reclamo de indemnización. En el caso de muerte del trabajador que hubiere cubierto el mínimo de cotización establecido, se dará lugar a pensiones de viudez, orfandad, ascendencia y concubinato, pero se establece también un orden para que los beneficiados puedan gozar de la pensión. En primer lugar, se ubica a la esposa y a los hijos; en segundo término, cuando la mujer o el varón contraigan nupcias o entren en concubinato.

En el caso de la divorciada, no adquiere derecho a recibir pensión, a menos que disfrute de un derecho alimentario vigente, pero condicionado a que no haya cónyuge, concubina o hijos.

VI.4.3. Ley Federal del Trabajo.

El artículo 501, de la ley laboral mexicana, particularmente las fracciones III y IV, confieren derecho a recibir indemnización, en caso de muerte y, faltando cónyuge superviviente, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

Igualmente se dice, que a falta de cónyuge que sobreviva, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador, concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción en que cada una dependía de él. Al igual que en este caso, en el primero de los señalados, se habla de una concurrencia entre posibles beneficiarios de la prestación.

Acerca de estas fracciones, el maestro Trueba Urbina formula algunos comentarios interesantes, que son valiosos y dignos de considerarse, mismos que retoma en una de sus obras, el Dr. Baltazar Cavazos Flores.

Así, nos dice que "Las fracciones III y IV constituyen una reforma acertada, de acuerdo con la tesis que sostuvimos en el sentido de que la antigua fracción III, desvirtuaba la teoría de la dependencia económica en relación con las concubinas, reproduciendo en parte el artículo 1635 del Código Civil. También manifestamos nuestro repudio a la fracción III, que ahora se reforma, toda vez que como aparece en nuestro comentario anterior consideramos lamentable la penetración del Derecho Privado en el Derecho Laboral, originando una burda injusticia para las concubinas, ya que si el trabajador tiene más de dos concubinas ninguna tenía derecho a la indemnización aunque las dos dependieran económicamente de él. Por fortuna desapareció ya este "puritanismo jurídico" y se tomó en cuenta nuestra crítica: la indemnización debe repartirse entre quienes dependen económicamente del trabajador. Asimismo tomando en cuenta nuestra sugerencia se corrigieron errores de lenguaje, pues por lo que se refiere a la fracción IV, el legislador de 1970 incurrió en lamentable error al utilizar el término "concubino" que no existe en el lenguaje español ni en el jurídico, toda vez que el vocablo correcto es el de concubinario tratándose del hombre y de concubina por lo que respecta a la mujer".²⁰

VI.4.4. Ley Federal de Reforma Agraria.

Según el artículo 85 de esta Ley, el ejidatario tiene facultades para designar a quien lo ha de suceder en sus derechos sobre la unidad de dotación y en los demás inherentes a su condición de ejidatario, de entre su cónyuge y sus hijos, en defecto de ellos, a la persona con la que haga vida marital o que dependa económicamente de él (aquí no se considera la iniciativa salinista, de reformar el 27 constitucional, posterior a este trabajo).

20 Nueva Ley Federal del Trabajo, Tematizada y Sistematizada. México, Ed. Trillas, 25a. ed., 1990, p. 31

El siguiente precepto, establece que si el ejidatario no ha hecho el señalamiento de los sucesores, o cuando ninguno de los designados sea capaz de heredarle, por imposibilidad material o legal, los derechos agrarios se transmitirán siguiendo el orden preferencial que a continuación se anota:

a). Al cónyuge que sobreviva. b). A la persona con la que hubiere hecho vida marital y procreare hijos. c). A uno de los hijos del ejidatario. d). A la persona con la que hubiere hecho vida marital durante los dos últimos años. e). Cualquier otra persona de las que dependan económicamente de él.

Estos preceptos, por fortuna, no incurren en el mismo error que ya se advirtió, de mencionar el caso en que hubiere más de dos personas que se ostentaren como concubinas; claramente se está hablando en singular, de "la persona"

VI.4.5. Ley del INFONAVIT.

En este caso, el artículo 40 prevé que en los casos de jubilación, incapacidad total permanente, incapacidad parcial permanente, cuando ésta sea del 50% o más, o de invalidez definitiva, en los términos de la Ley del Seguro Social, se entregará al trabajador el total de los depósitos que tenga a su favor en el Instituto. En el caso de la muerte del trabajador, dicha entrega se hará a sus beneficiarios, de acuerdo al orden de prelación siguiente.

a) A falta de viudo o viuda, concurrirán con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, el superstite con quien el derechohabiente vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con el que tuvo hijos, siempre que ambos hubieren permanecido libres de matrimonio durante el concubinato, pero si al morir el trabajador tenía varias relaciones de esta clase, ninguna de las personas con quien las tuvo, tendrá derecho.

Esta disposición, contiene los requisitos que son más generales, para tener por constituido un concubinato, sin embargo, sigue la línea equi-

vocada de las legislaciones de contemplar el caso en que existan, como reza esta Ley, varias relaciones.

VI.4.6. Ley del Instituto del Seguro Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

De ella son de mencionarse los artículos 141 y 143, fracción I. El primero prescribe que las personas con derecho a recibir la pensión por causa de muerte, en los supuestos del artículo precedente, son la cónyuge o la concubina. El segundo nos dice que los beneficiarios con derecho a pensión, recibirán los porcentajes que se precisan en el monto de la que estaba disfrutando la persona fallecida, o de la que en su caso haya tenido derecho, a la cónyuge o a la concubina corresponderá el 50%, debiendo de acreditarse la relación en la forma que establece el artículo 63.

Como se advierte, en este ordenamiento no se menciona para nada la solución que ha de seguirse, cuando sean dos o más relaciones concubinarias, con lo cual está en lo que se viene indicando como lo más correcto. Lo que también llama la atención de algunas de estas leyes, es que hacen mención solamente de la concubina, como si únicamente fueran hombres los que presten sus servicios en estas instituciones, lo que debe hacerse, es referirse también al caso del concubinario, pues la corriente equipararista de matrimonio y concubinato, debe ser, al igual que en otros aspectos de la relación conyugal, definitivamente igualitaria.

VI.4.7. Ley del Seguro Social.

En el artículo 65, se menciona que ante la falta de esposa legítima, se le reconoce derecho a la concubina a recibir la pensión que establece la ley, en los casos de muerte del asegurado, por riesgo profesional, si vivió durante cinco años con él, habiendo permanecido libres de matrimonio. El precepto 84-III, confiere los mismos derechos si la muerte es por enfermedad no profesional o por accidente.

Por su parte el artículo 130, estatuye que la concubina tendrá derecho a la pensión de viudez, si el asegurado fallecido disfrutaba de una pensión de invalidez, vejez o cesantía.

VII. Derecho Extranjero.

En los siguientes países, la legislación civil o familiar, según el caso, contempla una equiparación entre el concubinato y el matrimonio solemne: Rusia, Estados Unidos de Norteamérica, Escocia (*gretna green*), Cuba, Bolivia y Guatemala.

En la República Popular China, se llama a las concubinas mujeres pequeñas (tal vez sea por el tamaño y por su condición social), siendo la esposa la gran mujer. La reglamentación del concubinato topa en la salvaguarda de los derechos de la esposa legítima, de ahí que muchas normas jurídicas que nos asombran, pero que se explican si se tiene en cuenta que el adulterio del marido en diversas sociedades antiguas, estuvo tan profundamente enraizado en las costumbres, que la misma esposa ya no se ofendía por ello. También en nuestra sociedad, encontramos desde luego este hecho, aunque no se trata de lo corriente, ni está sancionado jurídicamente. De cualquier modo, en el país de la población más grande del mundo, o hay concubinato o hay matrimonio.²¹

En Alemania, ya unificada, la norma no inscrita, pero contundente, es que quien no cumple con las formalidades y solemnidades del matrimonio, no tiene por qué estar regulado (esta disposición es tan dura como el derribado muro de Berlín): Habrá que esperar, si la integración germana, modifica su actual postura, frente a ese indiscutible fenómeno social

Francia procura que el estatuto legal para los hijos de concubenarios y legítimos, sea lo más desigual, aunque la Corte de Casación, obliga al concubinario a no dejar en situación de abandono a la pareja, pudiendo inclusive reclamarse daños por ese concepto.²²

Al igual que en México, en el país galo, los efectos jurídicos del concubinato, son relativos.

21 Antonio de Ibarrola, *ob. cit.*, p. 148.

22 François Chabas, ponencia citada.

En Argentina, el concubinato no tiene conferido ningún efecto legal, según lo señaló Héctor Goyena Copello, en el mencionado Congreso de Chiapas.

VIII. Nueva Legislación Familiar Mexicana.

Diversos estados de la República Mexicana, aunque todavía muy limitado su número, han decidido legislativamente equiparar al concubinato con el matrimonio, sea a través de su legislación civil, o de la promulgación de una específicamente para la materia familiar. Es el caso del Código Civil del Estado de Tamaulipas, así como los Códigos Familiares de los Estados de Hidalgo y Zacatecas, e igualmente el Anteproyecto del Código Familiar para San Luis Potosí que recoge de las legislaciones acabadas de mencionar, y en un alto grado de imitación, su regulación en la materia, incluyendo lo concerniente al concubinato

No obstante que para la gran mayoría de las legislaciones estatales, este asunto concreto no ha motivado considerar la posibilidad de su adecuación, ha estado creciendo de cualquier modo el número de los que se interesan, en principio, por analizar la situación social del concubinato y como consecuencia, en su caso, procurar las reformas necesarias. Lo que advierto es que como muchos Estados desconocen las discusiones que en los foros mundiales se vienen dando sobre éste y muchos otros temas de Derecho Familiar, como la genética, etc., por ello creo que no han tocado esta cuestión; sin embargo, tarde que temprano, habrán de ponerse en el dilema de dejar las cosas como están, en sus respectivos códigos, o incorporarse a la tendencia equipararista.

IX. Jurisprudencia Mexicana.

En este punto, hago más que nada una transcripción de diversas resoluciones emanadas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que solucionan algunas cuestiones respecto al concubinato. De ellas tenemos las siguientes:

Concubinato, Prueba del. El concubinato es una unión libre de mayor o menor duración, pero del que no puede obtenerse un conocimiento

cierto y verídico en un instante y menos cuando no se penetra al interior de la morada de los concubinos, cerciorarse de la presencia de objetos que denoten la convivencia común.

La Corte también utiliza erróneamente "concubinos".

Amparo Directo 825/1968, Francisco García Koyoc, junio 20 de 1969, 5 votos, Ponente: Mtro. Enrique Martínez Ulloa, Tercera Sala, Séptima Época, Volumen VI, Cuarta Parte, Pág. 39.

Filiación Natural. Concluyéndose la filiación natural del menor por presunción legal de acuerdo con el artículo 383 del Código Civil (siguiéndose el sistema alemán a que alude García Téllez en sus Motivos y Concordancias), y equiparándola a la presunción establecida por el artículo 324 para los hijos legítimos, por haberse acreditado el concubinato de los contendientes, propiamente no es necesaria ya la investigación de paternidad.

Amparo Directo 5071/1959, Manuel Ruiz Rueda, julio 28 de 1981, Unanimidad de 5 votos, Ponente: Mtro. José Castro-Estrada, Tercera Sala, Sexta Época, XLIV, Cuarta Parte, pág. 49.

Tesis Relacionada:

Concubina, Acción de Petición de Herencia Ejercitada por la. Si de las pruebas rendidas se ve que desde meses antes de la muerte del concubinario terminaron las relaciones, que aunque singulares y permanentes, había tenido en otra época, al no perdurar hasta la muerte del autor de la sucesión, no pudo cumplirse el requisito que la ley exige, de la vida de la concubina, con el concubinario, como si fuera su marido, durante los cinco años inmediatos a su muerte.

Sexta Época, Cuarta Parte: 3a Sala, Vol. XXV, Pág. 96, A. D: 5730/58, Victoria Granados Ortiz, 5 votos.

CONCLUSIONES.

1a. El fenómeno concubinario, históricamente visto, se remite a los primeros tiempos de la humanidad, fundándose siempre Rojina Villegas en un criterio moral o ético, coexistiendo siempre con la institución del matrimonio.

2a. En el caso de México, por la conquista española, heredamos la tradición jurídica romana, mostrando nuestra realidad social, la misma imagen de nuestros conquistadores.

3a. El derecho constitucional mexicano, contempla al concubinato solamente de modo indirecto, refiriéndose a la familia diversos preceptos de la ley máxima, y a ciertos derechos familiares, reconocidos por deducción también a la familia concubinaria.

4a. Al no darse en el concubinato, ninguno de los supuestos jurídicos fundamentales del Derecho Familiar, queda calificado como un hecho jurídicamente inexistente, como una relación social o de hecho, según Soto Gordo y Galindo Garfias.

5a. La comprensión total del fenómeno del concubinato, requiere un estudio interdisciplinario, que toque aspectos morales, teológicos, antropológicos, sociológicos y jurídicos. (Francoise Chabas).

6a. A fin de proteger diversos intereses, es necesaria la equiparación legal de matrimonio y concubinato, sin dejar de promover a aquél, como la forma más racional para fundar la familia.

7a. Es necesaria una reforma legislativa en nuestro Código Civil, empezando por eliminar el término "concubino", contemplando un capítulo que se refiera a los derechos y los deberes de los concubinarios. En todo caso, ajustar la legislación local, a la del D.F., y no por imitación, sino por completez.

8a. Una adecuada estructuración del concubinato, ha de contemplar aspectos que aún la deficiente regulación actual deja fuera: contratación entre ellos; adopción; nombre; régimen patrimonial; la situación de la primera y única concubina.

9a. Las leyes de seguridad social, deben uniformar su criterio en cuanto a requisitos para tener por acreditado el concubinato y cancelar la cir-

cunstancia de las "dos concubinas". Jurídicamente no puede haber más que un concubinato.

BIBLIOGRAFIA.

CHABAS, FRANCOIS; Ponencia en el V Congreso Mundial del Derecho Familiar. septiembre 1988, Chiapas, Méx.

DE IBARROLA, ANTONIO; *Derecho de familia*, México, Ed. Porrúa, 1978.

GALINDO GARFÍAS, IGNACIO; *Derecho Civil*, Primer Curso; Parte General, Personas y familia. 2a de., México, Ed. Porrúa, 1976.

GALVAN RIVERA, FLAVIO; *Juicio*, Revista especializada; Época I: N° 9, marzo, México, 1990.

GUITRON, JULIAN; Ponencia en el V Congreso Mundial del Derecho Familiar; septiembre 1988, Chiapas, Méx.

MAZEAUD, HENRI, LEÓN Y JEAN; *Lecciones de Derecho Civil*; Parte Primera. Vol. III, La familia, constitución de la familia; Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1959.

MORALES MENDOZA, BENITO; *El Concubinato*; Revista de la Facultad de Derecho de México; Tomo XXXI: ene-abril 1981, N° 118, México, UNAM, 1982.

PÉREZ DUARTE ALICIA; "Perspectivas sociojurídicas de las relaciones familiares". *Boletín de Derecho Comparado*, N° 59; mayo agosto, 1987.

PEREZ DUARTE, ALICIA; *Concubinato*; *Diccionario Jurídico Mexicano*; Tomo II C CH; Inst. Inv. Jur., México, Ed. UNAM, 1983.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL; *Compendio de Derecho Civil*, Tomo I, Introducción, Personas y Familia, Vigésima segunda edición, México. Ed. Porrúa, 1988.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA.

Código Civil del Distrito Federal, 59a ed., Ed. Porrúa, Méx., 1991.

Código Civil de San Luis Potosí, 3a ed., Ed. Cajica, Puebla, Mex., 1988.

Código Civil del Estado de Tamaulipas, Ed. Cajica, Puebla, Méx., 1982.

Código Familiar del Estado de Hidalgo, Legislación Familiar, Gob. del Edo.

Código Familiar del Estado de Zacatecas, Ed. Cajica, Puebla, Méx., 1986.

Anteproyecto de Código Familiar para San Luis Potosí. Fotocopia.

Semanario Judicial de la Federación. S.C.J.N., 3a. Sala, Épocas 6 y 7, 4a parte.

Un dato superviniente:

Nacen fuera de la familia 42 de cada 100 niños mexicanos, afirma *Provida*. Esa tendencia refleja el grado de disolución familiar, fortalecida por la anticoncepción, aseguró el presidente de esa agrupación, Jorge Serrano. (Salvador Guerrero Ciprés: *La Jornada*. Dir. Carlos Payán. año 8. N° 2558: diario, 24 de oct., México, 1991, p. 16 *infra*.)

ESTUDIO II

EL PARENTESCO EN EL DERECHO MEXICANO **(Tipos, Grados y Líneas)**

Ricardo Sánchez Márquez

Introducción. 1. Parentesco Consanguíneo. 1.1. Significado y Definición. 1.2. Líneas y Grados. 2. Parentesco y Afinidad. 2.1. Significado y Definición. 2.2. Líneas y Grados. 2.3. Duración del Parentesco de Afinidad. 3. Parentesco Civil o por Adopción. 3.1. Significado y Definición. 3.2. Líneas y Grados. 4. Parentesco Religioso o Espiritual. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción.

El tema del parentesco, aunque es un tema antiguo, que tiene sus orígenes en épocas remotas, sigue siendo de constante actualidad; nuevas legislaciones han aparecido y éstas tienen la necesidad de tomar en cuenta al parentesco, para derivar de ahí ciertas consecuencias jurídicas. Si bien es cierto que el Derecho Civil es el que más se ha ocupado de él y es la rama del Derecho donde cobra mayor relevancia, no deben soslayarse los efectos jurídicos que se producen, derivados del parentesco, en otras ramas del Derecho, tanto del Privado como del Público, así como en la llamada rama del Derecho Social.

En este trabajo, se hace un estudio detallado de cada uno de los tipos de parentesco; se analiza el parentesco consanguíneo que es la base de los vínculos familiares; los lazos de sangre unen fuertemente a los miembros de una familia, de ahí que los efectos jurídicos más relevantes con relación al parentesco se den en la consanguinidad. El parentesco de afinidad, que es el que nace con motivo del matrimonio, genera algunos efectos jurídicos, principalmente como impedimento para contraer ma-

trimonio; su importancia es de menor trascendencia que la del consanguíneo. El parentesco por adopción, o civil, establece vínculos jurídicos muy estrechos entre adoptado y adoptante, principalmente en materia de alimentos y de sucesiones.

También nos ocupamos en este artículo, del parentesco espiritual o religioso, aunque en nuestro Derecho no tenga ningún efecto jurídico reconocido.

1. Parentesco Consanguíneo.

El parentesco consanguíneo es el que mayor relevancia e importancia tiene en todas las legislaciones, este tipo de parentesco parte de la filiación, de la relación entre ascendientes y descendientes, los lazos de sangre son tomados en cuenta para darles ciertos efectos jurídicos, tales como: constituir impedimento para contraer matrimonio, determinar derechos de carácter hereditario, por él se crea el derecho y la obligación alimentaria, etc.

1.1. Significado y definición.

Etimológicamente viene del latín *parere*, que significa engendrar, lo que indica que el parentesco sólo debería existir entre las personas unidas por el vínculo de sangre²³

Consanguinitas: en latín quiere decir tanto en romance como parentesco, et es atenuencia o ligamiento de personas departidas que descendan de una raíz.

*Et parentesco natural tomó este nombre de padre et de madre, porque de la sangre de amos á dos nascen los hijos: et por eso llaman al parentesco en latín consanguinitas, porque del ayuntamiento de la sangre del padre et de la madre se engendran los hijos*²⁴

23 Diccionario Enciclopédico. U.T.E.H.A.T., VIII,p.169.

24 Alfonso "El Sabio". *Las Siete Partidas*, Cuarta Partida, Tomo III, p. 50.

Para Planiol y Ripert²⁵ es la relación que existe entre dos personas que descienden una de la otra, como el hijo y el padre, el nieto y el abuelo, o que descienden de un autor común, como dos hermanos, dos primos.

Para Messineo²⁶ es el vínculo entre las personas que descienden de un mismo tronco.

En nuestro derecho los diferentes autores que tratan el tema, tales como Rojina Villegas, Galindo Garfias, De Pina Vara, entre otros, toman como base para definirlo, lo que señala el Código Civil²⁷ "el parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor"

En algunas legislaciones como la Argentina y la Española²⁸ se distinguen dos tipos de parentesco consanguíneo: El legítimo es el que deriva de un matrimonio válido, y comprende los supuestos, tanto de la relación entre ascendientes y descendientes como la que existe entre personas que refieren su origen a una misma pareja conyugal y el ilegítimo es el que deriva de un nexo biológico exclusivamente. Y se divide, además, en parentesco de doble vínculo y de vínculo sencillo, llamándose doble vínculo al parentesco por parte del padre y de la madre conjuntamente, los hermanos de doble vínculo se llaman también germanos. Los de vínculo sencillo, consanguíneos cuando el padre es común y la madre distinta, y uterinos cuando la madre es común y el padre diferente; en nuestro medio se acostumbra a denominarlos como medios hermanos.

Lo anterior llega a tener relevancia en algunos sistemas jurídicos, influye materialmente en la sucesión de los hermanos cuando se produce intestadamente; porque entonces el parentesco de doble vínculo suele

25 Georges Ripert y Jean Planiol, *Tratado de Derecho Civil*, p. 12

26 Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, p. 141.

27 Código Civil para el Distrito Federal. Art. 293.

28 Jorge O. Maffia, *Enciclopedia Jurídica Omega*, T. XXI, p. 436; José Castán Tobeñas, *Derecho Civil. Común y Foral*, p. 247.

beneficiarse de doble porción que el parentesco por una sola de las líneas, nuestro Código Civil²⁹ así lo tiene contemplado.

También se habla de un parentesco doble; es aquel vínculo familiar entre dos personas emparentadas por dos lazos distintos. Por ejemplo, si se casan dos primos hermanos, el hijo que nazca de este matrimonio, además de tener natural y preferentemente a sus progenitores por padres, los puede considerar como tíos segundos, por la relación colateral que existe entre ellos; ya que éste constituye el parentesco que lo liga con los restantes primos hermanos de su padre y de su madre. También, cuando se casan dos hermanos con dos hermanas, los hijos de tales matrimonios son primos hermanos por ambas ramas.

Cabe hacer notar que en nuestro Derecho no existen variantes del parentesco consanguíneo, es irrelevante que la relación entre ascendientes y descendientes derive de un matrimonio o no. Sin embargo es importante destacar que los hijos de matrimonio por el solo hecho de serlo, tienen la presunción de ser hijos del marido de su madre, siempre y cuando el nacimiento ocurra después de 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo, ya por divorcio, nulidad o muerte; según lo dispuesto por el Código Civil³⁰ no sucede lo mismo con relación a los hijos nacidos fuera de la relación conyugal ya que se deja a la voluntad del padre reconocerlo o no, aunque de hecho pudiéramos hablar de un parentesco consanguíneo legítimo y de uno ilegítimo.

Lo que hemos narrado anteriormente pareciera no tener importancia, sin embargo, nosotros hemos querido anotarlo, ya que existen legislaciones como la alemana³¹ que claramente señala que un hijo ilegítimo y su padre no se consideran emparentados.

29. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 1631.

30. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 324.

31. Theodor Kipp y Martin Wolf, *Código Civil Alemán*, Art. 1589, p. 327.

1.2. Líneas y grados.

Cada generación forma un grado, y la serie de grados constituye lo que se llama línea de parentesco, a su vez la línea de parentesco, puede ser recta o transversal: la recta se compone de una serie de grados entre personas que descienden unas de otras; la transversal, colateral u oblicua se compone de la serie de grados entre personas que, sin descender unas de otras, proceden de un progenitor o tronco común. La línea recta es ascendente o descendente: ascendente es la que liga a una persona con su progenitor con los que de él proceden. La misma línea es, pues, ascendente o descendente, según el punto de partida y la relación a que se atiende

En la línea recta los grados se cuentan por el número de generaciones, o por el de las personas, excluyendo al progenitor.

En la línea transversal, oblicua o colateral, los grados se cuentan por el número de generaciones, subiendo por una de las líneas y descendiendo por la otra, o por el número de personas que hay de uno a otro de los extremos que se consideran, excluyendo la del progenitor o tronco común. La línea colateral, oblicua o transversal se divide en igual y desigual, según que entre los engendrados de los distintos lados de la línea, exista igual o desigual distancia del tronco común.

Es necesario determinar las maneras o modos de computar el parentesco, han existido dos sistemas: el romano y el germánico, teniendo en cuenta su procedencia, aunque en la actualidad el sistema de computación romano es mejor conocido como civil y el germánico como canónico.³²

COMPUTACION ROMANA O CIVIL

Ascendiente común

B	Hermanos (2º grado)	C
	Sobrino-tío (3er grado)	
D	Primos hermanos (4º grado)	E
F	Hijos de primos hermanos (6º grado)	G

32 Calixto Valverde y Valverde, *Tratado de Derecho Civil Español*, p. 363.

Como ya quedó establecido en la gráfica que se refiere a la computación romana, en lo relativo a la línea colateral, vamos a poner algunas gráficas que establezcan el grado de parentesco en la línea recta.

En la computación romana o civil se tiene como regla que son tantos grados como generaciones, *quot generationis tot gradus*, principio que se aplica tanto a la línea recta como a la colateral, en la computación germánica o canónica la regla respecto a la línea colateral, es la siguiente: se cuentan las generaciones de un solo lado hasta llegar al tronco, y cuando los dos lados son desiguales, se cuentan las generaciones en la línea larga y en la romana se cuentan las dos líneas.

En la línea recta ambas computaciones producen los mismos resultados.

En las siguientes gráficas se pueden ver los diferentes efectos de la computación en la línea colateral.

Computación Romana		Computación Germana	
A		B	
□		□	
B □	C □	B □	C □
D □	E □	D □	E □
F □	G □	F □	G □
B con C, en 2º grado		B con C, en 1er. grado	
B con E, en 3er. grado		B con E, en 2º grado	
B con G, en 4º grado		B con G, en 3er. grado	
D con C, en 3er. grado		D con C, en 2º grado	
D con E, en 4º grado		D con E, en 2º grado	
F con E, en 5º grado		D con G, en 3er. grado	
F con G, en 6º grado		F con G, en 3er. grado	
		F con E, en 3er. grado	
A	↑	△ TATARABUELO (4º grado)	
	=	△ Bisabuelo (3er. grado)	
	=	△ Abuelo (2º grado)	
B □	C □	△ Padre (1er. grado)	
	↑	△ Hijo (1er. grado)	
D □	E □	△ Nieto (2º grado)	
	↓	△ Bisnieto (3er. grado)	
F □	G □	△ Tataranieto (4º grado)	
	↓		

Si empezamos por la línea ascendente y queremos saber qué grado de parentesco une a F y G con A están unidos en 3er. grado, D y E con A en 2º. grado y B y C con A en 1er. grado. Si empezamos por la línea descendente A está unido en 1er. grado con B y C, en 2º. grado con D y E y en 3er. grado con F y G.

2. Parentesco de afinidad.

Como ya lo dejamos anotado anteriormente, el parentesco consanguíneo es el que mayor importancia tiene desde el punto de vista jurídico, sin embargo, el parentesco de afinidad tiene cierta relevancia jurídica y sus repercusiones se dan principalmente en materia matrimonial y en algunas legislaciones diferentes a la nuestra también se manifiesta en materia alimentaria, contractual, etc.

2.1. Significado y definición.

Afinidad significa semejanza o analogía de una cosa con otra ³³ En el lenguaje corriente es común que se les llame "parientes políticos". Esta calificación es inexacta para darle un verdadero título se les deberá llamar "miembros de la familia por afinidad".

En las Siete Partidas se lee *Affinitas tanto* quiere decir en latin como cuñadía en romance: *et cuñadio es alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon et de la muger, et non nasce della otro parentesco ninguno: et esta cuñadía nasce del ayuntamiento del varon et de la muger tan solamente, quier sean casados ó non; ca maguer algunos fuesen desposados o casados non nascerie cuñadía dellos á menos de se ayuntar carnalmente. Et antiguamiento fueron tres maneras de cuñadía, et guardaronla en algunt tiempo; mas agora non manda santa iglesia guardar mas de la primera: et es esta, como quando alguno se ayunta carnalmente con alguna muger quier sea casado con ella ó non; ca por tal alleganza como esta todos los parientes della se facen cuñados del varon, et otrosi los parientes del se facen cuñados de la muger, cada uno dellos en aquel grado en que son parientes. Et por*

³³ Alfonso "El Sabio", *Las Siete Partidas*, Cuarta Partida, Tomo III, p. 53.

razon de tal cuñadia como esta, si acaeciese que muera algo de aquellos por cuyo ayuntamiento se hizo, nasce ende tal embargo que el otro que fincare vivo, non puede casar con ninguno de los parientes del muerto fasta el cuarto grado pasado, bien asi como en el parentesco".

Planiol y Ripert³⁴ lo definen como el lazo que existe entre los parientes de una persona y el cónyuge de esa misma persona.

El parentesco de afinidad, se define en nuestro Código³⁵ como aquel que se contrae por el matrimonio entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

Se puede definir como relación jurídica surgida del matrimonio entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro.³⁶

Jorge O. Maffia³⁷ nos dice que es el lazo que une a cada uno de los esposos con los parientes consanguíneos del otro.

Las dos últimas definiciones son más precisas, ya que hacen referencia a los parientes consanguíneos, lo que no da lugar a equívocos, porque si sólo se refiere a los parientes, quedan comprendidos también los afines. Pongo un ejemplo para que se comprenda mejor lo ya expresado, si Juan y María contraen matrimonio, automáticamente Juan adquiere parentesco de afinidad con los parientes consanguíneos de María, pero no quedan comprendidos los parientes afines que pudiera tener María.

Es importante advertir que el parentesco de afinidad, fundado en la identificación que se produce entre ambos cónyuges, no hace que éstos puedan considerarse recíprocamente entre sí como parientes afines; ellos no tienen ningún lazo de parentesco, los efectos o consecuencias jurídicos que se puedan producir entre ambos son derivados del contrato de

34. Planiol y Ripert, *Ob. cit.*, p. 16.

35. Código Civil para el Distrito Federal, Art. 294.

36. *Diccionario Jurídico Mexicano*, T. VII, p. 31. En el mismo sentido lo definen Messineo, *Ob. cit.*, p. 141 y Castán T., *Ob. cit.* p. 245.

37. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXI, p. 439.

matrimonio y tampoco se puede pensar que exista alguna relación jurídica de parentesco entre parientes consanguíneos de la pareja; es común en la vida familiar que los parientes de ambos consortes se sientan y se traten como familiares, pero jurídicamente no existe entre ellos lazo de parentesco.

También consideramos de interés dejar en claro, que el parentesco de afinidad, parte de la relación matrimonial, de tal modo, que, las uniones de hecho o concubinatos no producen parentesco de afinidad. El Derecho Canónico si recoge este tipo de parentesco natural de cada uno de los miembros de la pareja no casada con los parientes consanguíneos del otro y establece un impedimento para contraer matrimonio entre ellos, impedimento llamado "de pública honestidad". De lo anterior se pueden distinguir la afinidad legítima, que procede del matrimonio y la otra ilegítima que proviene de la unión libre.

2.2. Líneas y grados.

El Código Civil es omiso en lo que se refiere a las líneas y grados del parentesco de afinidad, motivo por el cual tenemos que acudir a la doctrina y así poder determinar la línea y grado que une a una persona con otra.

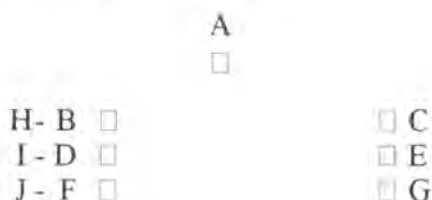
La base para determinar la línea y grado nos la da su significado, esto es, la semejanza o analogía que se hace con el parentesco consanguíneo, de tal modo que la línea y el grado de parentesco que une a los afines es el mismo que los une en el parentesco consanguíneo.

Sin embargo creemos que no sobraría en nuestro Código Civil una disposición que en forma clara señalara la línea y grado que une a los parientes afines. El artículo 263 del Código Civil argentino³⁸ establece que la proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta sea descendente o ascendente, el yerno

³⁸ Código Civil Argentino.

o nuera están unidos recíprocamente con sus suegros, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto de los padres, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio, el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas, están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera. Lo propio hace el Código civil italiano en su artículo 78: "En la línea y en el grado en que una persona es pariente de uno de los cónyuges, la misma persona es afín del otro cónyuge".

Las gráficas que explican el parentesco consanguíneo, tanto en la línea recta como en la colateral, sirven de modelo para establecer la línea y grado que une a los afines, solamente consignaremos una gráfica que ponga más en claro este tipo de parentesco:



En el supuesto que B, hijo de A, contraiga matrimonio con H, como B tiene parentesco consanguíneo, en línea recta, de 1er. grado con A, H adquiere parentesco de afinidad en el mismo grado y línea con A. Si D, nieto de A, contrae matrimonio con I, como D tiene parentesco consanguíneo, en línea recta de 2º. grado con A, I adquiere relación de parentesco afín, en la misma línea y grado. Si F bisnieto de A contrae matrimonio con J, como F está unido en parentesco consanguíneo, en línea recta y en 3er. grado con A, J adquirirá parentesco de afinidad con A, en la misma línea y grado.

En la línea colateral se aplica la misma regla que hemos explicado ya, si queremos relacionar a H, esposa de B con su cuñado C, primero tenemos que saber qué relación de parentesco existe entre B y C que son hermanos y como B y C están unidos en parentesco consanguíneo en la

línea colateral igual, en 2º grado, H y C tienen la misma relación en el parentesco de afinidad.

2.3. Duración del parentesco de afinidad.

En el Derecho romano, la muerte de uno de los cónyuges hacia cesar inmediatamente el parentesco de afinidad. Igual doctrina siguió el antiguo Derecho francés.

En el Derecho Canónico, la afinidad no termina con la muerte, ni con un matrimonio posterior, ni por la disolución de un matrimonio no consumado.

A primera vista parece que la lógica exige, si termina el matrimonio, por muerte, divorcio o nulidad, también terminará el parentesco por afinidad y esta idea se resume en la fórmula de Foyssel³⁹ "Muerta mi hija, muerto mi yerno", sin embargo la idea del Derecho Canónico, en el sentido de que el parentesco por afinidad era perpetuo, ha tenido más seguidores, sobre todo en lo que se refiere al impedimento para contraer matrimonio, nuestra legislación nada dice al respecto, existen ordenamientos legales como el Código civil alemán⁴⁰ que en su artículo 1590 señala "la afinidad subsiste, aunque esté disuelto el matrimonio por el que fue originado". El Código italiano⁴¹ en su artículo 78 establece: "La afinidad no cesa por la muerte, aun sin prole, del conyuge de que deriva, salvo en cuanto a algunos efectos especialmente determinados. Cesa si el matrimonio es declarado nulo, salvo los efectos a que hace referencia el artículo 87"

3. Parentesco civil o por adopción.

El parentesco civil es el que se contrae por la adopción, creando así una relación entre adoptante y adoptado. En virtud del parentesco civil se crea un lazo artificial entre adoptante y adoptado semejante al que existe entre el padre o madre con su hijo, de tal modo que se van a dar una serie de consecuencias jurídicas similares a las que ya hemos

39 Cit. por Pianol y Ripert, *Ob. cit.*, p. 20.

40 Theodor Kipp y Martin Wolf, p. 328.

41 Cit. por Messineo, *Ob. cit.*, p. 141.

enumerado en el parentesco consanguíneo: sucesiones, alimentos, impedimentos para contraer matrimonio, etc.

En su oportunidad veremos que el vínculo jurídico, en algunas legislaciones, se extiende a los familiares del adoptante y del adoptado, creando así consecuencias jurídicas con relación a la familia del adoptante y del adoptado.

3.1. Significado y Definición.

Adopción viene del latín *adoptio* que significa acción de adoptar y adoptar viene del latín *adoptare*, de ad, a, y *optare*, desear.

Recibir como hijo, con los requisitos y solemnidades que establecen las leyes, al que no lo es naturalmente⁴².

El Código Civil⁴³ lo define como "el que nace de la adopción sólo existe entre el adoptante y el adoptado"

De acuerdo a la definición que se da en nuestro Derecho, el parentesco civil sólo ata jurídicamente al adoptante con el adoptado, de tal manera que el adoptado no entra en relación o vínculo jurídico con los parientes consanguíneos del adoptante. Sin embargo la definición queda desmentida por el mismo Código Civil⁴⁴ en su artículo 157, "El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o con sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción"

En el Derecho español⁴⁵ el parentesco civil se define "como el que se contrae, por virtud de la adopción, entre el adoptante y el adoptado, y entre éste y la familia del adoptante"

Como se puede apreciar, en esta definición el parentesco civil se extiende

42 Diccionario Enciclopédico U.T.H.E.A., p. 189.

43 Código Civil del Distrito Federal, Art. 295.

44 *Ibidem*.

45 José Castán Tobeñas: *Derecho Civil, Común y Foral español*, p. 248.

a la familia del adoptante, aunque solamente lo es, para efectos de constituir impedimento para contraer matrimonio.⁴⁶

3.2. Líneas y grados.

"Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí (38). 1º. Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción".

El parentesco civil o por adopción es una ficción creada por la ley, para permitir que una persona o una pareja que desea tener bajo su cuidado y responsabilidad a un menor o a un incapaz, lo haga, previo el trámite legal

En virtud de esa ficción el adoptado adquiere parentesco con el adoptante y se asemeja a la relación de padre o madre con el hijo, de tal modo que la línea puede ser ascendente o descendente en los mismos términos del parentesco consanguíneo, con la observación de que la relación jurídica en el parentesco civil, sólo se da entre adoptado y adoptante, esto es, existirá un parentesco civil en línea recta ascendente o descendente dependiendo del punto de partida, de 1er grado. Al no extenderse este tipo de parentesco a la familia, tanto del adoptante como del adoptado aunque ya señalamos que excepcionalmente si la línea colateral no se presenta en este tipo de parentesco, el adoptado no adquirirá parentesco con los hermanos, primos, sobrinos o hijos del adoptante.

4.- Parentesco religioso o espiritual.

Finalmente abordaremos el parentesco religioso o espiritual. Este tipo de parentesco es desconocido por el Derecho civil; sólo tiene aplicación para el matrimonio canónico en los términos señalados por el Código Canónico, en los cánones 768, 1079 y 797, que solo reconoce como cognición espiritual la que contraen el que bautiza y el padrino con el bautizado. Este parentesco se establece por la administración de los sacramentos del Bautismo y Confirmación.

46 Artículo 1º, N° 1, del Código Civil.

El canon 1079 ya citado dispone que el parentesco espiritual nacido del bautismo produce impedimento entre el bautizante y el bautizado, y entre el padrino y el bautizado.

Ya hemos señalado que en la actualidad no surte efecto legal alguno el parentesco religioso o espiritual, lo cual no significa que no se dé valor alguno a actos de carácter religioso, ya que el artículo 40 del Código Civil señala que: "cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos"⁴⁷ Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales, es un principio de prueba. El artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles⁴⁸ señala que son documentos públicos: VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejados por Notario Público o quien haga sus veces con arreglo a derecho.

Conclusiones.

Primera.

El parentesco consanguíneo, se establece entre ascendientes y descendientes y entre personas que sin descender una de otra descienden de un progenitor común; es el caso, de los parientes consanguíneos colaterales. Existen lazos jurídicos entre ascendientes y descendientes en la mayoría de las legislaciones, no importa que provenga esa relación de un matrimonio o de la relación ilegítima; sin embargo, la alemana considera que el hijo ilegítimo y su padre no son parientes.

Segunda.

La forma de computar los grados es diferente en el sistema germánico o canónico, que cuenta en la colateral, las generaciones de un solo lado hasta llegar al tronco y en la romana o civil, en la colateral, las

47 Código Civil para el Distrito Federal.

48 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

lgeneraciones se cuentan en las dos líneas, subiendo por una y bajando por la otra, sin contar al tronco común.

En la línea recta ambas computaciones producen los mismos resultados.

Tercera.

El parentesco de afinidad sólo se crea con el matrimonio; si la relación es concubinaria, no habrá este tipo de parentesco, para los efectos de constituir impedimento para celebrar matrimonio, el parentesco de afinidad es perpetuo, esto es, que la disolución del matrimonio no termina con este tipo de parentesco.

Cuarta.

El parentesco por adopción genera un vínculo estrecho entre adoptante y adoptado, sin embargo, para los efectos de constituir impedimento para contraer matrimonio, este tipo de parentesco se extiende a los descendientes del adoptante.

Quinta.

El parentesco consanguíneo, es tomado en cuenta por las diversas legislaciones, como un impedimento para contraer matrimonio, siendo las legislaciones de Italia y Francia, las únicas que se refieren al parentesco consanguíneo legítimo o natural, ya sea en la línea recta ascendente o descendente. También el parentesco consanguíneo en la línea colateral, es considerado como impedimento para contraer matrimonio, hasta el tercer grado, sin embargo, cuando se trata de los tíos-sobrinas, tías-sobrinos, el impedimento es dispensable.

Sexta.

El parentesco por afinidad constituye un impedimento para contraer matrimonio, en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado; Italia y Francia, se refieren al parentesco de afinidad de 2º grado como impedimento para concluir el vínculo matrimonial; en cambio España ni siquiera hace referencia al parentesco de afinidad como impedimento para contraer matrimonio.

Séptima

El parentesco por adopción, es impedimento para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado, mientras subsista el vínculo jurídico de la adopción; Italia extiende el impedimento a los hijos adoptivos de la misma persona, al adoptado y los hijos del adoptado, al adoptado y la cónyuge del adoptante.

Octava

La prohibición del matrimonio entre parientes, se funda en una doble razón, por cuestiones fisiológicas, ya que se debilita la raza, pueden resultar afectados de sordera, locura o epilepsia y por razones morales.

Novena

El parentesco consanguíneo, en la línea recta ascendente o descendente de primer grado, genera el derecho y la obligación recíproca de proporcionarse alimentos, esto es, de los padres al hijo y de éste a los padres y si esto no fuera posible las legislaciones establecen que estarán obligados los demás parientes consanguíneos, prefiriendo al pariente más cercano, con excepción del Derecho francés, que no contempla al parentesco consanguíneo colateral y críticamente es el único que toma en cuenta el parentesco de afinidad, para producir efectos jurídicos de derechos y obligaciones en materia alimentaria, entre suegros-suegras y yernos-nueras.

Décima

El parentesco por adopción genera el derecho y obligación de proporcionar alimentos entre adoptante y adoptado; si no hubiere hijos, heredarán sus ascendientes en segundo lugar y finalmente sus parientes colaterales, hasta el 6º grado en el Derecho francés, en el Derecho italiano y hasta el 4º en el Derecho español.

Onceava

En el Derecho Civil, el parentesco es considerado como punto de referencia para las materias de sucesiones, alimentos, tutela, matrimonio, obligaciones y contratos.

En el Derecho Mercantil existen escasas disposiciones que hacen referencia al parentesco, para de ahí, derivar algunos efectos jurídicos.



ESTUDIO III

DERECHO DE LA SENECTUD (BASES PARA SU CONFIGURACIÓN CIENTÍFICA EN MÉXICO)

Ángel Salas Alfaro.

I. Introducción y Ensayo del concepto. II. Ubicación en el Sistema Jurídico. III. Fuentes. IV. Sujetos y Objeto. V. Derechos humanos fundamentales de la Ancianidad. 1. Derecho a una Vida Digna. 2. Derecho al Respeto Social. 3. Derecho a la Familia. 4. Derecho a la Justicia. 5. Derecho a la Educación, la Cultura y la Recreación. 6. Derechos Políticos. 7. Derecho a la Salud. 8. Derechos Alimentarios. 9. Derechos Económicos y Laborales. 10. Derecho al Transporte y Vialidad. 11. Derecho de Asociación. 12. Derecho de Asilado. 13. Derecho a una Muerte Digna. ¿Eutanasia? VI. Organos Públicos y Privados, nacionales e internacionales que se interesan por la Vejez. VII. Órganos de defensa sociojurídica de la Vejez. VIII. Perspectivas de configuración del Derecho de la Senectud en México. Conclusión única. Repertorio Bibliográfico.

I. Introducción y ensayo del concepto.

El todavía informal e incipiente Derecho de la Senectud, debe ir ya tomando su vuelo hacia un reconocimiento y consolidación en el conjunto de las disciplinas jurídicas.

Hasta hoy en México y del extranjero, he captado la más mínima idea de ello, aunque hay anteproyectos legislativos antiguos -vgr- Colombia- o normas aisladas relativas a la protección -mejor asistencia- de la vejez, aún no se ve una estructuración sistemática en algún país, aunque en muchos como en el nuestro, hay avances muy significativos, más que nada en normatividad jurídica. Lo que falta totalmente es la teoría, el aparato conceptual que sustente y apoye la construcción legislativa. Aunque haya sido urgente crear normas proteccionistas de aspectos fundamentales de los viejos, debió haberse iniciado ya la constitución teóri-

ca, que oriente el trabajo legislativo.

En nuestro país, encuentro poquísimos antecedentes como intentos por ser punta de lanza, hacia la integración del nuevo sector de estudio jurídico; se trata de hechos recientes. El primero, ya que no localizo antecedente alguno y no es vanidad, se ubica en el año de 1987, cuando organicé en la Facultad de Derecho de la U.A.S.L.P., un ciclo de conferencias denominado "Regimen jurídico de las personas de la Tercera Edad"

El segundo, en el Congreso Nacional de Doctores en Derecho, en 1990, en el que se programó una conferencia sobre "Derecho de la Ancianidad" El tercero, en el mismo año, cuando la Asamblea de Representantes del D.F., convocó a una consulta popular, para llevarse a cabo en marzo de 1990, sobre las condiciones jurídicas, económicas y sociales de las personas de la tercera edad. El cuarto, cuando la Facultad de Derecho de la UNAM, encomendó al maestro José de Jesús López Monroy, la organización de unas conferencias sobre el tema, verificadas también en 1990.

Por otro lado, dos profesores de la Universidad Autónoma Metropolitana, Graciela Pérez Gavilán y Ernesto Vega, elaboraron el anteproyecto de una Ley Federal de la Vejez, que según refieren, está desde tiempo en la congeladora. La primera citada, hace el señalamiento de que no son suficientes hasta hoy los logros obtenidos por el INSEN, pues la problemática profunda de la vejez, es la dignificación de su concepto⁴⁹

Un servidor, desarrolla un proyecto de investigación, intitulado justamente "Derecho de la Senectud", con la idea de conjuntar conceptos, tesis, normas y legislación, relativas a la materia y producir una obra que quizá sea la primera en México. El proyecto se inició en el año de 1988. Mis inicios y experiencias en el campo, se remontan al año de 1987, cuando fundé, junto con un grupo de médicos, psicólogos, trabajadores

49Monge, Raúl, "Desinterés oficial por mejorar la vida de los ancianos", *Proceso*, Dir. Julio Sherer, Semanario de Información, N° 622, 3 de oct. de 1988; Méx., *vid.* pp. 46-49.

sociales y profesores, la Sociedad Potosina de Geriatria y Gerontología. Existen a nivel nacional e internacional, agrupaciones de estudio de la vejez, pero son mayoría casi absoluta los médicos; de todos modos los geriatras y gerontólogos, pueden hoy contarse con los dedos de la mano y no pasar de este miembro del cuerpo. Abogados interesados en el sector longevo de la sociedad, solamente los que trabajan para el INSEN, situación que he advertido al asistir a eventos académicos tan importantes como el V Congreso Mundial de Derecho Familiar en Chiapas de 1988, la Semana Internacional de Derecho Civil, en México, D.F., en 1989 y el III Congreso Nacional de Criminología, en San Luis Potosí en el mismo año. En éste, presenté una ponencia sobre la marginación social y el tratamiento de la criminalidad senecta. Participó también un enviado del INSEN central, y fue todo.

Por otro lado, desconociendo que ya existía una del INSEN, en México, D.F., he pugnado por una Procuraduría de Defensa del Anciano en San Luis Potosí con poca respuesta hasta ahora. En el Congreso de Chiapas apunté la necesidad de incorporar en las temáticas de los subsiguientes congresos, el de la vejez.

En el de Puerto Rico, de fines 1990, no se consideró. ¿Acaso no son sujetos principales para el Derecho Familiar?

Ensayo de concepto de Derecho de la Senectud.

Lo defino como el conjunto de conocimientos, principios y normas, relacionados con la situación de las personas de la tercera edad.

Los conocimientos han de derivar del análisis metódico de las cuestiones esenciales de los senectos; de su problemática jurídica. Lo más abundante hasta ahora, pero extrajurídico, es el estudio psicológico y médico; un poco más el socioeconómico. El jurídico, muy incipiente. Sin embargo, existen ya determinadas normas jurídicas, aunque incrustadas en diversos ordenamientos, que se refieren a alguno de los derechos de la ancianidad a la salud, alimentarios, etc., pero haría falta una ley que

los integre, no sin antes incorporar los necesarios, en nuestra Carta Magna.

II. Ubicación en el Sistema Jurídico.

En el caso, dada la confluencia de sujetos, normas y entes, pertenecientes a distintas ramas del derecho, no se le puede ubicar en el Derecho Privado ni en el Público, sino en el Derecho Social, cuyas características se deducen de lo expuesto por Mendieta y Nuñez, y Díaz Lombardo⁵⁰, siendo el social un Derecho proteccionista y reivindicador, en favor de grupos o sectores sociales económicamente débiles para lograr su bienestar, mediante la justicia social.

Como referencia, la Revista *Juicio*⁵¹, al anunciar la citada consulta popular, lo encuadra en la sección del Derecho Corporativo, pero aquí caben agrupaciones jurídicas concretas, *vgr.*, las asociaciones civiles y asociaciones mercantiles, pero no las organizaciones sociales, sindicatos, derechohabientes, grupos de ejidatarios, etc., que considera el Derecho Social.

Como sujetos particulares, los contempla el Derecho Civil. Como sujetos laborantes, el Derecho del Trabajo, como víctimas o ejecutores de delitos, el Derecho Penal y la Criminología; como beneficiarios de la seguridad social, el Derecho Social. El punto base para situar aquí al Derecho de la Senectud, es la agrupabilidad de la clase senecta, su consideración como grupo social, aunque falte mucho para estimarlo con respeto; por la fuerza de su lucha y de sus demandas sociales, económicas, políticas, etc. Existen hoy grupos importantes de jubilados, pensionados, etc., pero todavía limitados en su accionar, frente a las entidades públicas que deben procurarles solución a sus más urgentes necesidades, que son muchas y no fácilmente colmables.

50 Cit., por Trueba Urbina, *Derecho Social Mexicano*. Ed. Porrúa, Méx., 1978, 7a. parte. Cap. II, p. 307.

51 Dir. Gral. Ángel Juárez Cacho; N° 9, marzo 1990, Época I, pág. 11. México.

III.- Fuentes.

De las reales se puede contar un buen número. Las Declaraciones de la ONU sobre Derechos Humanos. Precisamente, tanto la declaración de los Derechos Humanos (1948), como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1989), contienen las garantías básicas para que el individuo pueda lograr su pleno desarrollo. No se alude directamente a la ancianidad en esos documentos, pero ni modo que no los comprenda. En estos pronunciamientos de tal rango, sí ameritaba referencia directa a los senectos, como se hace con otro tipo de personas -mujeres, niños inculpatos, etc.,- Es más, hace falta la Declaración de los Derechos del Viejo; de las Personas de la Tercera Edad.

Otras fuentes interesantes, son las declaraciones papales, que al menos si contemplan la situación específica de los ancianos, vgr., la Carta de los Derechos de la Familia, de Juan Pablo II⁵².

Igualmente en la Biblia, fuente de religiones universales, y en otras obras, se encuentran pasajes muy ilustrativos y de enorme reflexión, sobre la vejez.

También considero la abundante literatura que sobre el tema se ha escrito, pero como he dicho, más que nada sociológica, psicológica, médica y hasta prosa y verso, demostrándose que nunca se ha soslayado por el hombre su interés y preocupaciones por su vida futura; por su última etapa, pero todo ello no se ha visto concretado en leyes completas, que permitan dar efectividad a las ideas y propuestas de toda esa literatura. De nada sirve, o de poco, que Bioy Casarez⁵³, haya vaticinado que la próxima revolución será la de los viejos, o que en un poema de Cicerón, se hablen las maravillas de los viejos, si no hay leyes que permitan llevar una tranquila etapa de los años dorados.

52 Librería Parroquial de Clavería, Méx., 1983.

53 Gonzalo Canal Ramírez; "La Revolución de los Viejos". *Visión. Revista Latinoamericana*; 20 de abril de 1987, vol. 68, N° 8, p. 6.

Por otro lado, de las fuentes formales, únicamente se cuenta a la ley - muy escasa la jurisprudencia- referida a una serie muy limitada de disposiciones que intentan satisfacer alguna necesidad de los ancianos de salud; económica jubilación; cultural y educativa, INSEN e INEA, etc.

Leyes específicas son las siguientes: La Constitución Federal, modo indirecto; Ley General de Salud; Ley General de Asistencia Social y leyes estatales del DIF; Ley del ISSSTE; Ley Federal del Trabajo; Ley del Ejército y Fuerza Armada Mexicana; Ley Orgánica del INSEN; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Leyes de la Procuraduría de Justicia de los Estados; Ley Orgánica del INEA. Los Códigos Familiares de Hidalgo y Zacatecas.

En cuanto a la jurisprudencia, son contadas las relaciones que el máximo tribunal del país ha emitido, respecto a controversias sobre jubilaciones y otros aspectos de la seguridad social.

IV. Sujetos y Objeto.

De las personas físicas, se ha manejado, inclusive a nivel internacional, que todas las que rebasan los 60 años de edad, entran al círculo de los senectos y le serán aplicables positivamente las normas de la materia y reconocidos los derechos que las leyes les confieren. Principalmente para efectos laborales, de jubilación y pensionamiento, y de otorgamientos de beneficios, como las relativamente recientes de descuento en transportes, comercios, espectáculos, etc. El Derecho Penal y la Criminología, también consideran mucho la cuestión de la edad. Sin embargo, el dato cronológico es manejado en Geriatria y Gerontología, como relativo, indicándose que no puede generalizarse, por lo que hay que eliminar falsos conceptos tradicionales acuñados por la sociedad.

De las personas morales, pueden enlistarse tanto grupos de jubilados y pensionados, como asociaciones civiles, que han mantenido desde tiempo una lucha por sus derechos sociales. Aunque el movimiento es lento, creo que pronto puede adquirir mayor presencia corporativa, en el ámbito social. En tiempo reciente han logrado importantes avances en sus

condiciones sobre todo económicas, el caso de los pensionados del IMSS

Está todavía ausente una conciencia de clase, que al fortificarlos en los mismos intereses, tengan todavía mayor atención en las políticas sociales del Estado, el cual por ningún concepto debe regatear sus elementales derechos.

Objeto.

Es estudiar e investigar las condiciones existenciales de la vejez, proponiendo soluciones jurídicas, normas, leyes, reglamentos, decretos, que garanticen la consecución de un status digno y racional para la población senecta de México, que en los términos demográficos se estima en unos 5.5 millones, calculándose en 12 para el año 2000

V. Derechos humanos fundamentales de la Ancianidad.

1. Derecho a una vida digna.

Hacia ese propósito superior, debe orientarse la acción del Estado y de los organismos interesados, para lograr efectivamente un mejoramiento sustancial de las condiciones existenciales del grupo débil de los senectos. Y mientras no se consiga un promedio aceptable, en cuanto a la situación general de ellos, ni el Estado ni los organismos privados, pueden estar satisfechos de lo realizado. Claro, sería ilusorio pensar que a todos y cada uno se les puede resolver su situación; por eso prudentemente hablo de un promedio; de que el menor número de ellos enfrenten serias dificultades para sobrevivir. Ahora que, la dignificación empieza en el mismo anciano, hasta que la sociedad logre dignificarlo también.

2. Derecho al respeto social.

Así como al Estado se le puede y se le debe exigir una atención mayor y efectiva al sector de edad avanzada, también a la sociedad hay que exigirle un mejor trato a quienes han sido su cimiento; la comunidad tiene que ser agradecida con quienes la han enriquecido. Pero esa sociedad *in abstracto*, no es más que el producto de cada uno de quienes la componemos *in concreto*; por lo que a todos se nos impone el deber moral y social de procurar una actitud de respeto a la investidura anciana-

na; alentando en ellos también un respeto por sí mismos; su autovaloración. Dos cosas se requieren: la revaloración social de la figura senecta y la autovaloración del objeto de nuestras preocupaciones. Y esto es muy importante conseguirlo, pues de otro modo la resistencia y la degradación por ellos mismos, es un obstáculo en la estrategia revalorativa de su status sociocultural, moral y económico. La mendicidad sin causa justificada, es ejemplo de la actitud de subestimación y degradación de la persona anciana.

3. Derecho a la familia.

En la teoría gerontológica, se excluye como primera opción para constituir el habitat de un anciano, el asilo, siendo la familia, el lugar más racional para que la persona mantenga su tradicional modo de vida (actividades, relaciones interpersonales; apoyo y consejería a hijos, nietos, etc.). Si falta la familia, sea la propia de él o de sus consanguíneos o afines, no habrá más remedio que el ancianato, pero existiendo una, hay que exigir que sea ella la que se responsabilice de la atención al senecto; es muy fácil, pero muy inconsciente, ir a un asilo y dejar la carga de la procuración, a los conductores de la institución. En este aspecto, está pendiente una labor de concientización, para que esto no suceda.

Este derecho implica la exigencia de continuar en la familia, a la que dio origen, evitando sea destinado a la marginación; haciéndolo menos; y ese derecho, va unido con el deber de los miembros de la familia, de prestar toda la ayuda que requiere un sujeto en su vejez.

En caso de que los familiares se nieguen terminantemente a asistir al anciano, éste debe denunciarlo a la autoridad o a alguna institución pública (puede ser ante el ministerio público, la procuraduría de justicia o el DIF), si por si solo no es posible, pidiendo a alguien que lo haga.

4. Derecho a la justicia.

Frente a los tribunales y autoridades administrativas, creo que a las personas de edad avanzada, debe dárseles una atención y un tratamiento especiales. Escuchar con paciencia una denuncia de hechos que le está

perjudicando; en el tipo de ayuda que esté solicitando; a la información que requiera como parte de un proceso judicial; como peticionario individual o colectivo de la concesión de ciertos derechos o prestaciones sociales; no se diga como sujeto a un proceso penal o en cumplimiento de una sentencia por la comisión de un delito, y en muchos otros casos. Su condición física y/o material, imponen la exigencia moral de auxiliarlo, teniendo para él las debidas consideraciones. Si continúa bajo la dependencia de un patrón, darle lugar y prestaciones que le corresponden, como prestador no dependiente de diversos servicios, un trato racional para con él. Tiene en suma, derecho a la justicia administrativa, judicial, familiar, social, laboral, penal, etc.

Ahora que la reprobación social de conductas lesivas para los senescentes, realizadas por cualquier autoridad pública, ha de representar una preocupación del Estado para que procure mayores derechos fundamentales de la ancianidad, por lo que es recomendable prestar atención a esas reacciones y exigir ese respeto jurídico, por parte de los órganos públicos encargados de procurar la justicia.

5. Derecho a la educación, la cultura y la recreación.

La vida es educación, escolarizada o no, y la educación es vida. No hay circunstancia, al menos que sea insalvable, que impida que el individuo se someta o esté sujeto a un proceso permanente de educabilidad, entendiéndolo en su sentido más amplio, no necesariamente el formalista o institucionalizado. Y una de las grandes necesidades educativas para todos, es prepararnos para la vejez, pero de manera organizada, bien programada, sea autodidácticamente, con lecturas sobre el tema, o recurriendo periódicamente a cursos, conferencias, reuniones, etc., en donde se analice la situación global de la ancianidad, posibilidades y perspectivas hacia una tercera etapa del ciclo vital, en las mejores condiciones posibles. En el caso de lo que el Estado debe dar en materia de educación, al sector senescente, creo que se puede aprovechar muy bien la función del INEA, solicitando que programe actividades pedagógicas dirigidas a este grupo social. Igualmente existen otras institu-

ciones, públicas y privadas, que están en posibilidad de ofrecer cursos, conferencias, actividades, etc., para educar o motivar la educación, en aspectos de utilidad para los viejos y también ponerlos al acceso de los diversos bienes de la cultura y promover su recreación, como una terapia efectiva para mantener su mente y su cuerpo ocupados, sobrellevando mejor los padecimientos que de otro modo se agudizan.

En otros países, como Venezuela, las preocupaciones educacionales por los ancianos, han alcanzado niveles superiores, con la Universidad de la Tercera Edad, dependiente del Instituto Internacional de Andragogía, de Caracas, siendo un modelo para el mundo, esencialmente imitable.

En el caso de nosotros, insisto, hay magníficas instituciones -El Consejo Nacional y sus dependencias estatales, para la Cultura y las Artes-, por ejemplo, que bien pueden organizar eventos especiales, o en lo general hacer participar a ancianos; y total, toda agrupación interesada en fomentar diversas manifestaciones del espíritu, en favor de la humanidad.

6. Derechos políticos.

Los tiene igualmente el sector de gran experiencia, para participar en la vida política de su comunidad; salvo que por fuertes razones se vean impedidos para votar o ser elegidos para cargos de designación o elección, por lo demás, las leyes no deben restringir o negar tales derechos. Analizados debidamente los artículos 35 y 38 de la Ley Máxima (*vid.* Ley Electoral y Constitución local), no aparecen excluidos los senectos, en razón de la edad, de las prerrogativas que se establecen para todo ciudadano mexicano.

Es común que algunos partidos políticos, excluyen a personas de gran experiencia, por razones de edad, sin embargo, eso es un gran error, pues la teoría gerontológica y geriátrica concibe ese dato como algo muy relativo. A este propósito puede formarse una hasta larga lista de personas, como ejemplo de la fructilidad en la senectud, y que en distintos campos y funciones han logrado posiciones sobresalientes ejerciendo diversas responsabilidades, oficios y profesiones: Ronald Reagan,

Nelson Mandela; Fidel Velázquez; el mismo Juan Pablo II; el Dr. Salvador Nava; también Heberto Castillo, etc., cuánto han destacado o destacaron a pesar de la edad. Y así innumerables presidentes de muchas naciones, dirigentes de partidos políticos y en cargos de elección popular, líderes sindicales, etc., siguen jugando papel importante en el desarrollo de los sistemas políticos. Incluimos a quienes no son electos en los procesos, pero que forman parte del sistema, y todavía actuantes y con igual sentido de responsabilidad. Cabe asimismo referirse a los más altos funcionarios del Poder Judicial Federal, es decir, a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que, según el artículo 95 de la Constitución Nacional para ocupar el cargo, deben ser mayores de 35, ejerciéndolo por 15 años, la edad es relativa; como todo, depende del sistema de vida llevado, pero un funcionario del más alto nivel, dentro del Poder Judicial Federal o estatal puede seguir en activo, yo creo que hasta los 70 o más, según sus condiciones. Una persona con una vida desordenada en todos aspectos a los 50 ya muestra muchas limitaciones para desarrollarse; pero alguien cuidadoso de su persona y de sus relaciones familiares y sociales, sigue siendo apto para cualquier responsabilidad, sobre todo siendo de tipo intelectual que es el caso del oficio del político, pero no del de bajo rango, sino del preparado; del que antes que nada maneja la teoría política y que aplica en su praxis política. El político de edad avanzada debe mostrar en su actuar político toda la prudencia y racionalidad en el manejo de asuntos públicos, que la experiencia le ha dado, así como una estructura moral que ha de inspirar a las nuevas generaciones.

Volviendo con quienes ejercen funciones judiciales, tenemos que la Constitución de San Luis Potosí establecía al igual que la federal para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 35 años de edad mínima, y una máxima de 65 para ser magistrado del Supremo Tribunal de Justicia. Con las reformas de 1996, ya no se establece edad máxima, sólo la mínima, lo que significa, o una omisión o que para beneficio de magistrados ya senectos, no se fija límite de edad, o que se dejen los casos a lo previsto por la legislación laboral en cuanto a edad de jubila-

ción. Estimo que el límite de la funcionalidad de un servidor, no debe de ser la edad, sino la lucidez intelectual y las condiciones físicas que presenta. Sea dicho esto, aplicando los postulados de la teoría gerontológica, que en muchas situaciones, por fortuna, se demuestra en la realidad social y particular de los senectos.

7. Derecho a la Salud.

Partiendo del reconocimiento con rango constitucional de este derecho, según el párrafo tercero del artículo 4º, toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y en el caso de los senectos, quiero entender que el precepto puede abarcar tanto la salud física como la psíquica, aunque expresamente no se diga así como se hace en este mismo precepto, en el caso de los menores (último párrafo)

De los derechos que estoy exponiendo en original autoría, entre principales y secundarios, el de la salud es de los más preferentes; algunos otros son complementarios, sin dejar de ser fundamentales, del desarrollo de la ancianidad; pero sin una garantía plena del que se analiza, es difícil de aceptar que son favorables las condiciones del sector viejo de México y del mundo. Creo que muchos ancianos desearían mejor salud, total, aunque lo alimentario fuera más raquitico; como quiera el alimento diario de donde quiera sale, pero atención médica, física, psicológica o psiquiátrica, es más difícil; si no proviene de las instituciones públicas de salud, la obtención del servicio se torna algo difícil por sus costos a nivel privado, sobre todo; es loable la labor de la Cruz Roja y otros organismos, pero todos sabemos que es bastante limitada, hasta en tanto no requiera atención y servicios especializados, porque entonces ya no se logró; al menos que apoye financieramente el DIF, o algún patronato de un club privado de servicio social, pero esto no siempre es factible.

Reconociendo la importantísima labor que realiza todo el sector salud, en especial en favor de nuestros ancianos, el propio sector, y nosotros, estamos conscientes del millonario número de personas de avanzada edad, que carecen de servicios mínimos de asistencia médica, y aún cuando dicho sector tiene que intentar reducir la cifra de los inasistidos, en

los años próximos, creo que tampoco se puede dejar la carga completa a él sino que, existiendo muchísimos organismos e instituciones privadas, podrían reforzar sus programas hacia la salud de la vejez, y si no lo han siquiera planeado, es tiempo de considerarlo.

8. Derechos Alimentarios.

El tradicional derecho de los alimentos, se ha caracterizado por ciertos datos, como la reciprocidad y la proporcionalidad, además de especificar su contenido, al alimento en sí, el vestido, la casa, asistencia en caso de enfermedad y, en el caso de los menores, los gastos requeridos para la instrucción elemental del alimentista y para que aprenda un oficio o arte, o ejerza una profesión. (art. 269, CCSLP).

Este derecho-deber, faculta o se impone a cualquier persona, por su calidad jurídica de padre, hijo, pariente, concubinario, adoptante o adoptado, etc., tomando en cuenta necesidades de los acreedores y posibilidades de los deudores, estando legitimados para pedir el pago y aseguramiento, acreedores, tutores, ascendientes, hermanos y parientes colaterales hasta 4º grado y el Ministerio Público (art. 276, CCSLP).

Ahora bien, en el caso de las personas de tercera edad, ¿cómo se maneja el derecho alimentario? *Ab initio*, los preceptos citados no hacen distinción de personas por su edad, ello en la legislación civil tradicional, por lo que, si el deudor alimentario no puede, o no quiere cumplir con su deber, no hay manera de satisfacer las necesidades. Pero en el caso de los senectos, los tan citados ordenamientos familiares, hidalguense y zacatecano, imponen el deber al Estado de cubrirlas, en caso de que no tenga familia que lo haga, lo que desde luego abre la posibilidad de demandar al Estado (DIF) por ese concepto. Se contempla la creación de casas-hogar para otorgarles la debida protección. Queda claro en los diversos preceptos legales que la familia es la primera obligada a proporcionarlos, y a falta de ella el Estado.

Es evidente que en las legislaciones civiles, si no hay quien procure la atención a los ancianos, éstos quedan a la deriva, el Estado en estos

términos puede o no prestar los alimentos, pero en los códigos familiares, reitero, los órganos del Estado (DIF, Secretaría de Salud, etc.), asumen el compromiso. Al respecto, en las reformas a la Constitución Estatal Potosina, de 1996, se contempla en su nuevo artículo 11, párrafo segundo que: "El Estado provera a la alimentación y salud de las personas con discapacidad y de los senectos en estado de abandono" pero no explica si luego de que se agote la posibilidad de que la familia le suministre sus requerimientos, es decir, como lo precisan los códigos familiares de los Estados de Hidalgo y Zacatecas, de modo subsidiario. Si porque un anciano abandonado puede que haya sido dejado por su irresponsable familia o parentela, o porque en efecto ya no haya comprobablemente quien vea por él. Debió agregarse al precepto, que en "estado de abandono", sin que cuente con familia o pariente que le preste asistencia. Como está el precepto diseñado, muchas personas van a abandonar a sus viejos, esperando que el Estado les de recogimiento y les facilite su protección.

9. Derechos Económicos y Laborales.

El sector demográfico de edad avanzada, tiene todo derecho, como se reconoce por el artículo 123 constitucional al "trabajo digno y socialmente útil. "

La realidad mexicana al respecto, es que tal derecho es cotidianamente negado de facto por los empresarios y patrones en general al no dar la posibilidad de trabajo a un anciano por "razones de edad"; no saben de lo que se pierden. Cuando el trabajador está a punto de alcanzar la edad o las cotizaciones, para ser jubilado, se acelera el procedimiento de desincorporación; o si va a solicitar empleo, se le niega oportunidad por considerar su poco rendimiento, y sí podrá ser cierto, para actividades manuales o mecánicas, pero simultáneamente hay otra gran verdad; la empresa nacional en general, muy poco se preocupa por crear departamentos de investigación para encontrar innovaciones tecnológicas y de capacitación técnica de su personal, que es donde tendria perfecta cabida, el experimentado anciano exlaborante. Claro, siempre tomando en cuenta las condiciones físicas y anímicas de la persona. Y aquí cabe incluso una

propuesta legislativa de mi parte, para que, así como el apartado "A", del artículo 123 de nuestra ley máxima, regula el tiempo de jornada máxima laboral, para menores de 16 años, prohibiendo la contratación de menores de 14, y concediendo facilidades para que las trabajadoras embarazadas, cumplan con sus deberes laborales, así también, habría que incorporar al precepto, la situación de los viejos, regulándola convenientemente, en cuanto a jornada y concesiones especiales para facilitar su desempeño.

Ahora, el principal derecho económico de los senectos activos, es percibir un salario suficiente para cubrir sus necesidades básicas, así como obtener una serie de prestaciones en especie que les permitan reforzar sus ingresos: vales, préstamos, becas, premios, etc., lo que sin duda pondría al sector en una buena posición de defensa ante las circunstancias económicas difíciles. Tal vez las prestaciones o descuentos, o exenciones y reducciones en pagos de servicios públicos, predial, agua, traslaciones de dominio, etc., permitirían que les rindieran sus escasos o medianos recursos.

En este mismo contexto, al igual que en otros sectores sociales, en el senecto, sería positivo el intento de despaternalización, como se viene ensayando por los gobiernos de los dos últimos sexenios, luego de un exagerado populismo que resultó al final caótico.

En el caso de la ancianidad, también es conveniente y factible, el proceso citado, de tal modo que las personas sean autosuficientes, sin tener dependencia de familiares, amigos, o prebenda pública. Apoyar el desarrollo de la capacidad productiva de quienes aún mantienen buenas reservas físicas y espirituales para el trabajo, es hacer menos pesado el compromiso estatal de asistir a los de tercera edad aún aptos para la actividad laboral, logrando su liberación económica, para destinar recursos y esfuerzos en favor de quienes en definitiva están imposibilitados para efectuar labor alguna; a quienes por sus condiciones de precariedad, en todos aspectos, requieren atención de tiempo completo.

10. Derecho al Transporte y Vialidad.

Conforme a las dificultades que para su movilización local o extralocal, enfrentan los senectos, estos derechos tienen como búsqueda la facilitación para incidir en la circulación humana y automotora. Es loable cómo muchas personas que apenas pueden caminar, realizan un esfuerzo ultra físico para trasladarse de un sitio a otro, como inaceptable que otros por pereza o chantaje, se hacen los desvalidos, sin darse cuenta del perjuicio que se causan a si mismos.

En materia de transporte, es de resaltar el trabajo del INSEN, para lograr que sus afiliados paguen a menos del costo, diversos servicios de transportación, principalmente en autobuses foráneos y locales, aeronaves, embarcaciones y ferrocarril, aunque, como siempre, no faltan los que violan los convenios, o los que los cumplen pero con conductas despóticas y de mal trato. Las propias partes convenientes deberían implementar programas de sensibilización humana, entre los directamente operadores de los servicios.

De cualquier modo, se nota claramente que la presentación es generalmente satisfactoria y benéfica para los beneficiarios. Sólo falta esa tarea vigilante, y en su caso, sancionadora, de comportamientos inadecuados por parte del personal de las empresas transportadoras.

Es factible planear la extensión del beneficio, hacia otros sectores de servicio de transporte: taxis, autobuses turísticos, mudanza, autobuses de corrida corta, etc. Eduardo Alonso Escárcega, expresidente del Movimiento Nacional Unificador de Jubilados y Pensionados, ha propuesto al respecto que el derecho al transporte sea gratuito y que se amplie a seis personas el número por unidad, de las que puedan viajar en todo el territorio, por cualquier medio⁵⁴.

La facilitación del tránsito de personas en la vejez, surgió en países europeos y en norteamérica, habiendo adoptado México muchas de las

54 Revista del Consumidor: INCO, N° 29, Nov. de 1987, Méx., p. 16

modalidades, visibles en autobuses, banquetas y espacios en estacionamientos, que hacen accesible la bajada y la subida de senectos imposibilitados para andar de propio pie, lo que significa mínima atención a sus dificultades para circular. Desde luego que aún faltan muchas soluciones que aplicar en la materia; pero por algo se empieza, y se espera que el estado y los particulares *vgr.* dueños de comercios continúen preocupados porque este derecho se reconozca prácticamente; un trabajo de promoción por parte del INSEN y otros organismos públicos y privados, encontrarían buena respuesta. En las mismas calles, tal vez reservar algunos lugares para estacionamiento de vehículos conducidos por ancianos, sobre todo en la zona centro y en espacios cercanos a grandes centros comerciales, también sería razonable.

11. Derecho de Asociación.

Fundada en el artículo 9° de nuestra Constitución Federal, esta prerrogativa representa un mecanismo legal para que la clase senecta de México, luche denodadamente por alcanzar una posición relevante en el concierto de las diversas formas asociativas. Formar asociaciones permanentes a más de las existentes, o convocar a reuniones transitorias para demandar la efectividad de los derechos absolutos de los ancianos, es aspirar a mejores posibilidades para que alcancen más prontamente el status socioeconómico, cultural y político que merecen; de otro modo, el aislamiento y la apatía, retardarán o impedirán su consecución.

Agruparse en cualquiera de las modalidades que dicho precepto constitucional contempla, es la mejor manera de plantear las demandas sociales del sector.

En el caso existen magníficos ejemplos de asociaciones que han sostenido intensa lucha para obtener sus propósitos, que son ejemplo a seguir, como los jubilados de ferrocarriles; del IMSS; de PEMEX; del SNTE, etc. En otras instituciones, como en las universidades públicas, aunque tal vez sin mucho pelearlo, tienen aceptable situación económica, debiendo de estar al pendiente de que no se les menoscaben sus privilegios; que no queden en prestaciones por abajo de los trabajadores activos.

De tal modo que, para alcanzar mejor nivel de vida, los ancianos en México deben de procurar su organización en asociaciones sólidas, hiperactivas, solidarias; de otra forma es difícil que logren superar sus actuales y futuras condiciones existenciales.

12. Derecho de Asilado.

Sí bien un buen número de personas de tercera edad, no han encontrado otro espacio para cumplir con satisfacción la última etapa de su vida, mas que en el ancianato por más que pronunciamientos en foros internacionales no lo recomiendan, tienen también desde luego una serie de derechos mínimos.

Un adecuado tratamiento por parte del personal asistencial del asilo; atención adecuada de sus necesidades básicamente alimentarias; a la asistencia médica y neuropsiquiátrica; al ejercicio y la recreación; a ser informado de la situación jurídica de sus bienes, que en muchísimos casos les son sustraídos por sus ambiciosos parientes, o salidas periódicas en plan de distracción o de visita; a ser visitados por familiares y amigos, a tener oportunidad de desarrollar alguna actividad remunerada, como muchos aún la realizan, total, les corresponden todos los derechos que en general venimos apuntando, para quienes no han sido remitidos a los muchas veces inhabitables asilos mexicanos. La Casa de Retiro es algo mucho muy distinto, pero tratase de una especie de seguro cubierto anticipadamente a la llegada de la senectud, siendo un modelo interesante, todavía no catalogado jurídicamente en sus aspectos contractuales, pero ya en Canadá, EE.UU., y recientemente en México⁵⁵, particularmente San Luis Potosí, registra una institución del tipo.

Todos los derechos que pertenecen a los asilados, deben enmarcarse en reglamentos y estatutos justamente formulados, como para garantizar una estancia digna en los asilos. Existen otros modelos a adoptar, como las villas gerontológicas, con sistemas más abiertos y humanizados, no

55 Othón Pérez Fernández del Castillo, Ponencia. "I Semana Internacional de Derecho Civil", México, 12 de marzo de 1989.

deprimentes o nulificantes de la personalidad y de las capacidades reales de los gerontes.

13. Derecho a una muerte digna. ¿Eutanasia?

Dijo la ilustre y humana Emma Godoy: La eutanasia no debe entenderse como la "muerte dulce"; sin provocación de sufrimiento; simple y puramente es un asesinato⁵⁶. No se puede, so pretexto de la sobrepoblación, pensar en la eliminación por medios tecnológicos de los sectores viejos de la sociedad; o nada más por estorbo; por incapacidad; hay que ver cada caso para seguir rindiendo en términos de producción o de mercado.

No es el caso entrar en la discusión filosófica de la permisión de la eutanasia. El asunto aquí es llamar la atención de sociedad y estado, para que, conforme a sus deberes, garanticen que las personas ancianas obtengan una muerte en condiciones de dignidad; de racionalismo; nada de que fallece por inanición, por frío, o por otras razones injustificables, y de que tengan que parar sus restos en la fosa común. El citado Alonso Escárcega, en sus propuestas a la Cámara de Senadores de México, sugirió la creación de suficientes velatorios y servicios funerarios gratuitos en todo el país, controlados por las instituciones de seguridad social, lo que es acertado, nada más que se limitaría a los afiliados a dichos organismos, y ¿quién se va a ocupar de los mendigos, indigentes, "habitantes" de las bancas de los jardines y de los atrios de los templos, etc.? También es loable el servicio que presta la funeraria municipal, como en el caso de San Luis, pero ¿cuántos existen en México?

VI. Órganos públicos y privados, nacionales e internacionales que se interesan o asisten a la vejez.

Tiene que considerarlos el derecho nacional o internacional, pues rigen su funcionamiento Declaraciones, Tratados, Leyes, Reglamentos, Decretos, Estatutos.

56. "Aborto y Eutanasia". *Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Vol. VIII; coord. José Luis Curiel. Inst. de Inv. Jur., UNAM, 1982, p. 203.

Dentro de los nacionales se anotan: Secretaría de Salud; DIF (Procuraduría de Defensa del Menor y la Familia), IMSS; ISSSTE; INSEN; Procuraduría General de la República y Procuradurías Estatales de Justicia, Ministerio Público, Tribunales de lo Familiar; Procuraduría de Defensa de la Senectud del INSEN; Sociedades de Geriatria y Gerontología, Dive; Cáritas.

De los internacionales: ONU; OMS; OIT; UNESCO; sociedades gerontológicas internacionales.

VII. Órganos de defensa sociojurídica de la Vejez.

Como aquellos órganos que contemplan en sus leyes y reglamentos, normas jurídicas, asistencias para el sector senecto, tenemos la Procuraduría de Defensa de la Senectud; del INSEN; Procuraduría de la Defensa del Menor y de la Familia del DIF; Procuraduría General de la República; Procuradurías de Justicia de los Estados; Ministerio Público, y Defensoría de Oficio. De ellos creo que su labor debe de ser, no sólo de atención y defensa en problemas concretos, sino de promoción de la defensa de sus derechos humanos, por las propias autoridades y por la sociedad.

VIII. Perspectivas de configuración del Derecho de la Senectud en México.

Aunque naturalmente el Derecho de la Senectud es una perspectiva viable, ya están dadas algunas bases para iniciar su estructuración y lanzamiento formal al conjunto de las diversas disciplinas jurídicas, tal vez no como nueva rama -no resista aun la aplicación de los criterios de autonomización, de Cabanellas-; los únicos que por hoy se cumplen son el legislativo y el bibliográfico⁵⁷, pero sí ya formalmente como Derecho de la Senectud, es decir, como conjunto de principios, tesis y normas de aplicación concreta a un grupo social determinado

57 Vid. Cabanellas, *Enciclopedia Omeba*, T. XII y Göttron, Julian, *Derecho Familiar*. Producciones Gama, Méx., 1972, pp. 210 y ss.

Si no se contara con ninguna base, imposible hablar de él, pero el repertorio bibliográfico y el legislativo constituyen buenos cimientos para que ya sea llamado por su nombre.

Lo que falta para madurarlo provendrá del interés de los juristas, al aportar ideas, conceptos, investigaciones, propuestas legislativas, métodos de análisis, etc.

Para lograr su maduración se requiere entre otras cosas: socialmente una cultura de la vejez, con la ayuda de todos los medios de comunicación. Primordialmente incorporar el tema en cursos de Derecho Civil, Familiar, Constitucional, Social, Penal y Criminología. Para la realización de eventos académicos regionales, nacionales e internacionales (congresos, cursos de actualización, ciclos de conferencias, seminarios, etc.).

CONCLUSIÓN.

Propuesta única. Reconocer en México la existencia real de las bases del Derecho de la Senectud, hacia su estructuración formal

Repertorio bibliográfico, hemerográfico y legislativo.

ALONSO ESCARCEGA, EDUARDO; *Revista del Consumidor*; INCO, N° 29, Nov. de 1987. Méx.

CABANELLAS, GUILLERMO; *Enciclopedia Jurídica Omeba*. T. VII, Ed. Bibliográfica, Argentina. 1964.

CANAL RAMÍREZ, GONZALO; "La Revolución de los Viejos" *Visión. Revista Latinoamericana*; 20 de abril de 1987, vol. 68, N° 8.

Código Civil y de Procedimientos Civiles de S.L.P.

Código Familiar del Estado de Zacatecas.

Código Penal y Código de Procedimientos Penales de S.L.P.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

GODOY, EMMA; "Aborto y Eutanasia". *Filosofía del Derecho y Filosofía de la Cultura. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. VIII; coord. José Luis Curiel. Inst. Inv. Jur., UNAM, 1982.

GUITRON, JULIAN; *Derecho Familiar*. Producciones Gama, México, 1972.

JUAN PABLO II; "Carta de los Derechos de la Familia". Librería Parroquial de Claveria, Méx., 1983.

KURTZMAN, JOEL, y GORDON, PHILLIP. *Homo Longevus*. Ed. Lasser Press Mexicana, Mex., 1978.

Legislación Familiar del Estado de Hidalgo.

Ley del Ejército y Fuerza Armada Mexicana.

Ley del IMSS.

Ley del ISSSTE.

Ley Federal del Trabajo.

Ley General de Asistencia Social.

Ley General de Salud.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

MONGE, RAÚL; "Desinterés oficial por mejorar la vida de los ancianos"; *Proceso*, Dir. Julio Sherer, Semanario de Información, N° 622, 3 de octubre de 1988, Méx.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, OTHÓN; "La Casa de Retiro". Ponencia, Apuntes, *1ª Semana Internacional de Derecho Civil*; México, 12 de marzo de 1989.

Revista Juicio; Dir. Gral. Angel Juárez Cacho; N° 9, marzo 1990, Época I, México.

SALAS ALFARÓ, ÁNGEL; "Comentarios al Anteproyecto de una Procuraduría de Defensa del Anciano, para S.L.P.". *Vita Jurídica*; Inst. Inv. Jur., Fac. de Derecho, UASLP, año IV; N° 14, abr.-jun., 1987.

Semanario Judicial de la Federación.

TRUEBA URBINA, ALBERTO; *Derecho Social Mexicano*. Ed. Porrúa, Méx., 1978.



ESTUDIO IV

LA FILIACIÓN Y EL NUEVO DERECHO GENÉTICO

Ángel Salas Alfaro

I. Introducción. II. La Genética y la Consideración de los Derechos Humanos. III. La Filiación y las novedosas formas de Procreación Artificial. IV. ¿Patentabilidad de los materiales genéticos? V. Licitud e ilicitud de la contratación con fines genéticos. VI. *Status* Jurídico del embrión. VII. Fecundación Artificial y Responsabilidad Médica, Civil y Penal.

I. Introducción.

Con el ejercicio cada vez más constante de la biotecnología, la ingeniería genética, la sociobiología, etc., el jurista del presente y mucho más el del futuro, habrán de enfrentar enormes dificultades para dar solución a una diversidad de fenómenos y problemas, respecto a la filiación, el parentesco, la contratación, y de otras instituciones jurídicas que tendrán que remodelarse, so pena de dejar a la deriva un número importante de conflictos fundamentalmente humanos.

Es inevitable que los científicos del Derecho, han de prepararse debidamente para dar respuesta jurídica a los nuevos planteamientos derivados de las modernistas formas de la reproducción humana, que se están expresando en las más insólitas e imprevisibles modalidades.

Ahora bien, los referidos fenómenos no pueden ser vistos, hacia su comprensión, si no es de un modo globalizador; no con los métodos fríos de las ciencias experimentales o los de la genética misma, sino considerando cuestiones éticas, filosóficas y en general la doctrina y la praxis de

los derechos humanos, sin lo cual difícilmente se puede llegar a dilucidar la racionalidad o irracionalidad de las prácticas genéticas.

Con estas advertencias, entro al desarrollo del tema.

II. La Genética y la consideración de los Derechos Humanos.

El moderno estudio de la genética, comenzó a mediados del siglo XIX, en el jardín del monasterio de Santo Tomás, en Brun, Austria (actualmente ciudad de Checoslovaquia), en donde Gregorio Mendel, monje agustino cultivó miles de matas de guisantes. Mendel estudió física, matemáticas y fisiología vegetal.

Basado en las innovaciones en botánica experimental de Carl F. Gartner, Mendel polinizó sus guisantes cruzándolos de acuerdo a su altura y color, tabulando sus resultados, aplicando sus conocimientos biológicos para analizar cómo las plantas heredan sus características específicas observables a simple vista⁵⁸

Hasta el año de 1900, en que se reconoce el valor del descubrimiento mendeliano, surge formalmente la ciencia de la genética.

Aplicado todo esto a los seres vivientes, Mendel afirmó que éstos heredan los genes de sus padres y al recibirlos, algún "elemento formativo" dentro de las células de la descendencia hace que los genes se manifiesten claramente como una característica, *vgr*: color del pelo⁵⁹.

Un hecho significativo, se registró en el *Centers Conference* de Asilomar, en la costa de California, Estados Unidos de Norteamérica, el 24 de febrero de 1975, al reunirse 140 de los más destacados genetistas y biólogos moleculares del mundo, para discutir si la ciencia tiene o no derecho a seguir adelante con los experimentos que eventualmente lleguen a producir nuevas formas de vida.

58 Kurtzman, Joel y Gordon, Phillip, *Homo Longevus*, Ed. Lasser Press Mexicana, 1978, p. 219.

59 *Ib.*, p. 220.

En esta reunión, los abogados que participaron, fueron quienes dieron equilibrio y ubicación a las discusiones, estableciendo el jurista Daniel Singer, que los problemas para la fijación de las normas en relación con el tema, eran de carácter ético y que no había razón para eludir la tarea ni para creer que fuera denigrante.

Otros abogados advirtieron que por los accidentes que podrían suscitarse, era factible se presentaran demandas judiciales por millones de dólares. Que aunque era difícil calcular los riesgos, tenían que establecerse normas, porque los propios científicos podrían incurrir en responsabilidad. El oportuno señalamiento de los juristas, provocó la elaboración de una reglamentación legal⁶⁰.

III. La Filiación y las novedosas formas de Procreación Artificial.

La ingeniería genética, consiste en una serie de refinadas metodologías, por ejemplo la recombinación *in vitro* de ácidos nucleicos y la clonación molecular, como punto de partida conceptual para ir asimilando esta temática.

En este punto concreto, cabe hacer mención de la sociobiología, como disciplina que incide en la comprensión científica de estos fenómenos, y porque también constituye uno de los fundamentos de la teoría de los derechos humanos, o que al menos debe ésta tomarla en consideración.

En cuanto a los derechos humanos, trátase de ciertos privilegios que se consideran connaturales al hombre, teniendo alcances universales. Sin duda, en el sentir actual, todo derecho constituye un privilegio exclusivo del ser humano. *Ejempli gratia*, desde tiempos inmemoriales el hombre ha usado a su antojo plantas y animales para satisfacer sus necesidades (ahora instituidas como derechos) de alimento y vestido; ha matado a otros seres vivos, por necesidades de salud, investigación o por simple vanidad, aunque se haya ido de safari y regresado solamente con dos ratas de campo, hablándose ya aquí de incipientes derechos del animal

60 *Ib.*, pp.217, 229 y 230

(ser muerto sólo cuando sea necesario y sin crueldad). Sin embargo, el único sujeto genuino de cualquier derecho, es el hombre.

Ahora bien, ¿por qué la inseminación artificial y otras técnicas de reproducción humana? ¿Para promover la supervivencia y la felicidad del individuo? Hay que ver. Según la sociobiología, que es la disciplina que interpreta la conducta social del hombre, según los principios que rigen la conducta social de las demás especies animales, para promover y asegurar una óptima transmisión de los genes de los cuales dependen, la conducta social humana está predeterminada por la pila génica de la especie y por las presiones del medio ambiente en que se desenvuelve, siendo casi ley natural para los sociobiólogos la tendencia universal de todos los organismos vivos a perpetuar su configuración genética peculiar⁶¹

En este interesantísimo tema, dos de los principales problemas a resolver, son el de la apropiación de los cuerpos por la ciencia para fines terapéuticos o experimentales, y el de la apropiación del individuo de su propio cuerpo en nombre de su libertad.

"Para unos en nombre de la ciencia, en aras del progreso, hay que dejar experimentar a los científicos. Para otros, en representación de la ética, no es posible hacer todo y el progreso no puede tomarse en sí mismo como una virtud. ¿De qué progreso "inevitable" se habla cuando la ley francesa del 20 de diciembre de 1988 legaliza la experimentación humana, sin que el Parlamento permitiera un verdadero debate? Pero, ¿cómo definir el *status* jurídico de la persona cuando concurren concepciones tan contradictorias: la del científico en términos de su ejercicio de la biología, la de las autoridades religiosas que aluden a lo sagrado, y la de los individuos que actúan a nombre de la libertad?

Es hora de afirmar que no todo es posible y que aún la libertad enfrenta

61 Ponce, Margarita; "Genética y Derechos Humanos". *Memoria del Décimo Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*. Vol. VI, UNAM, 1982, *Symposia* II, p. 160.

sus barreras. Que el individuo por ejemplo no tiene la libertad de adquirir por sí mismo la condición de esclavo, es decir, la persona es inapropiable. No es admisible vender nuestro cuerpo para la ciencia o para donarlo. Que el hombre no puede consumir la naturaleza a su antojo como si fuera su propiedad; deberá concebirla como un patrimonio común, depositando en sus manos para legarlo a las futuras generaciones.

De ahí nace la urgencia de reflexionar en torno a la búsqueda y localización de las normas adecuadas para limitar la voluntad de poder del hombre frente a su entorno. Hay más de un matiz para decir que, que en nombre de los derechos humanos el hombre no puede hacer todo⁶².

Están planteadas pues, diversas cuestiones inherentes al tema de la genética y sus atrevidos métodos para lograr algo que parecía materialmente imposible, y que a lo mejor en el futuro cercano se convertirá en una práctica común, como tal parece, pues ya está sucediendo en países europeos y en norteamérica. Sin embargo, los defensores de los derechos fundamentales de la humanidad, llaman la atención a los operadores de las técnicas reproductivas, para que no pierdan de vista que su objeto central, como para otros muchos ejercicios, es el hombre, con su ética, su libertad, todos sus valores intrínsecos, evitando así un libertinaje científico que nos lleve a situaciones degradantes de la condición humana. Estamos hoy en un punto justo como para reflexionar todos los aspectos involucrables en esta fenomenología, registradas ya experiencias notables en el campo genético que permiten ver grandes posibilidades de logros todavía más espectaculares.

Los grandes productos de la biotecnología, en los últimos años, han sido asombrosos, pues se ha logrado la reproducción de seres humanos, sin que sea necesaria la cópula carnal, lo que ha venido precisamente a alterar el sistema jurídico de la filiación, que parecía iba a permanecer inamovible por siglos.

62 Bourets, Pierre: *Biotecnología: ¿Están fuera de la ley los científicos?* Mundo, traducción: Leticia Hülzs, Nueva Época, N° 12, Méx., 1989, pp. 79.

Formas de procreación artificial.

La fecundación artificial consiste en efectuar la procreación a través de un donador, que en un principio no debe de conocer a la mujer; éste y otros procedimientos similares producen, según el Dr. Galindo Garfias, graves consecuencias en la institución de la familia, tanto en su estructura como en sus funciones, pues las relaciones jurídicas familiares desde la antigüedad, se establecieron en función de ayuda mutua, entre esposos y la protección de los hijos que nazcan de las relaciones sexuales de los progenitores, a quienes el ordenamiento jurídico impone obligaciones y confiere derechos a padres entre sí y a su prole⁶³

Así, el derecho ha organizado a la familia consanguinea entre los padres y los hijos, partiendo de que existe una secuencia entre cópula carnal, fecundación, gestación, nacimiento y parentesco de donde se derivan los deberes tendientes a la crianza y educación de los hijos y a una responsabilidad compartida entre ambos progenitores.

Una disposición legal presta solidez y firmeza a las relaciones entre los miembros de la familia, al establecer que se presumen hijos del marido: 1. Los que la madre dé a luz después de 180 días de celebrado el matrimonio. 2. Los que nazcan antes de los 300 días siguientes, contados a partir de la disolución del matrimonio o desde que de hecho quedaron separados.

Contra esta presunción de paternidad, no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido haber tenido relación sexual con su mujer, en los primeros 120 días, de los 300 que han precedido al parto. Ni aún alegando adulterio, excepto que se le haya ocultado el nacimiento o si prueba la falta de contacto sexual durante los diez meses anteriores al parto, el marido no puede desconocer que es suyo el hijo que su consorte dio a luz, por haber sido fecundada con semen de un

63 "La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones Jurídicas" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XL, enero-junio, 1990, Núms. 169-171, Dir. Fernando Flores, UNAM, pp. 145 y 146.

tercero, cuando ha dado consentimiento, aunque pruebe su imposibilidad física de haber sido él quien engendró a ese hijo. En este caso, se produce una desarticulación entre paternidad y maternidad biológica y paternidad y maternidad legal; se propicia o legitima la posibilidad de que nazcan hijos sin padre, lo cual lleva a un cambio biogenético de la familia; se prescinde de la relación matrimonial y cuasimatrimonial.

De la manipulación hecha de la reproducción humana, se producen consecuencias, originando conflictos de paternidad entre el padre biológico y el padre a la que la ley le atribuye un hijo que es nacido de su mujer. La tecnología y la bioquímica permiten la realización del acto sexual sin procreación, así como la procreación sin que se haya realizado conjunción copular⁶⁴

Todas las implicaciones de la biotecnología en el derecho, tienen por objeto ponderar sus consecuencias en la realidad jurídica de acuerdo con las disposiciones actuales de la legislación civil mexicana, viendo también cómo se generan consecuencias lógicas y sociales que se reflejan en el ámbito jurídico, examinándose igualmente el aspecto delictivo y de ontología médica, como fundamentales.

En coincidencia con la idea de autores ya referidos aquí, la profesora Encarna Roca Trias, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, apunta que las filiaciones asistidas implican un análisis concienzudo, a la luz de los derechos fundamentales del y de los textos constitucionales. Pero eso no es todo, otros fenómenos que vienen a alterar el sistema jurídico tradicional de la filiación, ameritan también el análisis profundo en el caso del control de la natalidad y la interrupción voluntaria del embarazo, así como la procreación artificial.

La ponente reprueba la actitud pasiva del legislador ante estos fenómenos, que no podrían resolverse siguiendo métodos tradicionales para

64 *Ibidem*, p 147.

enfrentar los problemas, planteados por las nuevas técnicas, como lo ha hecho erróneamente el sistema italiano. Quien sí ha aportado soluciones satisfactorias a partir de 1979, es el Consejo de Europa.

En la solución de problemas, se insiste, el legislador debe partir de la base del respeto a los derechos humanos, aunque sin caer en los peligros de un neojusnaturalismo, que obviamente rechaza las técnicas.

En el caso del jurista que decide intervenir para proponer soluciones, han de ser resultado de la valorización de los intereses concurrentes, orientando las experiencias sociales⁶⁵.

Resulta importante establecer también, como otra cuestión fundamental, cuál es la tipología adecuada de legislación. En Italia y en España se han elaborado proyectos de leyes intentando regular las filiaciones asistidas y sus consecuencias, lo que lleva a dos consideraciones:

1. En relación a la inseminación artificial (IA), ya existen diversos códigos que se ocupan del problema de la acción de impugnación de la filiación por el marido de la madre (ley sueca de 1985, Código Civil de Portugal y Código Suizo), impidiendo al marido que ha consentido en la inseminación, la acción del desconocimiento de la paternidad.

Además, 29 Estados de la Unión Americana han regulado problemas de inseminación artificial. Georgia fue el primero que aprobó una ley en la materia, en 1964. La norma general que rige es que el marido de la madre inseminada aunque sea donante, es el padre legal del niño.

2. En todos los países los problemas han venido girando en torno a la fecundación *in vitro* (FIV), con toda una problemática relativa a la con-

65: "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", Ponencia en el II Congreso Mundial Visco, publicada en *La Filiación a Finales del Siglo XX*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, pp. 17-22.

servación o destrucción de embriones, maternidad subrogada e ingeniería genética⁶⁶.

En cuanto a las técnicas específicas de reproducción artificial humana, tenemos la fecundación extracorpórea (FEC), cuyos primeros intentos de la metodología se realizan en 1890 cuando Heape obtuvo embriones, posterior al lavado con solución salina de los oviductos de conejas, los que fueron trasplantados a conejas subrogadas.

En 1937, por primera vez se tuvo idea de lograr una fecundación y una transferencia de embriones, sin resultado positivo; los medios tecnológicos de entonces eran muy limitados.

En 1965 se dieron a conocer los trabajos de Edwards y Steptoe, conociéndose varios años después, del éxito práctico de sus investigaciones, con el nacimiento de la primera niña producto de la fecundación. Este sistema permite la paternidad a parejas estériles con problemas en los primeros pasos de la fecundación, lográndose con la técnica un óvulo maduro y la fertilización *in vitro* y el cultivo del cigoto.

En torno a este método procreacional, surge un problema: Cuando existen embriones no utilizados en la implantación de una mujer, ¿qué puede hacerse con ellos? ¿desecharlos? ¿destinarse a la investigación? ¿conservarlos para futura implantación? Se carece de momento de una norma legal que solucione el problema. En el caso de México, tal vez podría aplicarse la Ley General de Salud, que en el capítulo denominado "Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos", otorga competencia a la Secretaría del ramo, para disponer de esos elementos.

Lo que se hace, parece, es incinerarlos, aunque podrían destinarse a la docencia o a la investigación. Ahora bien, la Ley se refiere en general

⁶⁶ /h, pp. 22-24.

al embrión; no especifica si es el fecundado en el cuerpo de la mujer o el obtenido de modo extracorpóreo.

Por su parte, las codificaciones penales mexicanas, no previenen como conducta delictiva la destrucción de embriones humanos⁶⁷.

En realidad, como anota la profesora Roca, aún la intervención o no del estado en estos problemas, es indefinible, pues ante una postura de respeto a la autonomía de los particulares, el estado tiene que regular el uso de estas técnicas. En otra posición, el estado debe identificar los supuestos de hecho que permitirán usarlas, los efectos en los sujetos que recurren a ellas; las responsabilidades de su ejercicio, etc. En todo caso, toda legislación debe determinar el campo de juego, jerarquizando los intereses presentes que en muchos casos son antagónicos. Lo que resulta difícil es prever todos los supuestos posibles, so pena de caer en el "efecto boomerang" (resultado no querido, distinto al deseado). De ahí que los problemas centrales por resolver se relacionan con: IA, con semen del marido o de donante; con FIV; conservación de embriones congelados y su protección; con maternidad subrogada, el conflicto de intereses, padres genéticos; madre gestante.

Ahora bien, aceptar la realidad de estas técnicas y someterlas al sistema jurídico, ¿de dónde derivan? ¿del derecho a la procreación como derecho de la personalidad o del derecho a la salud? Si se acepta lo primero, hay que contemplar a las madres solteras y la inseminación *postmortem*, así como considerar los propios de la personalidad y el interés del hijo, y el principio técnico del menor daño, de modo que los terceros implicados por altruismo en la técnica, queden indemnizados, es decir, la protección por el anonimato de los donadores de material genético.

Se hace necesario entonces, pensar en un nuevo sistema de paternidad-maternidad formales y tal vez parecido al de la adopción.

⁶⁷ García Sánchez, *op. cit.*, p. 3

En cuanto a los grupos de sujetos que pudieran estar implicados en la procreación artificial, son minimamente dos, pudiendo ser tres: 1. Los padres iniciales, es decir el cónyuge o la pareja en esterilidad. 2. Los productos nacidos de las técnicas. 3. Los terceros que pueden aparecer en diversos momentos del proceso, es decir, donantes de gametos masculinos o femeninos. Hay que excluir a las madres por sustitución que intervienen sólo en la gestación.

Otra cuestión que se plantea como interrogante, es la que si los padres iniciales recurren a una técnica genética no natural, en ejercicio de un derecho a la salud, como ya se apuntó

Pudieran ser padres genéticos o no, dependiendo de su aporte de material reproductivo, iniciándose el proceso con la toma de decisión de tener un hijo por medios no naturales.

Definir la naturaleza jurídica de las filiaciones asistidas, significa orientar las soluciones por el lado del derecho a la vida, a la integridad física y a la libertad. Igualmente, como el estado no puede prohibir a las parejas que tengan hijos, tampoco puede impedir el recurso de la IA, y por tanto, mujeres solas pueden usar de la técnica. Los derechos en conflicto son el de la vida humana y el de la procreación (juristas angloamericanos). Los autores europeos, otorgan atención preferencial al hijo. Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo de Europa, recomienda conciliar los problemas planteados, considerando que el fundamento ético de las reglas relativas a la procreación artificial, tiene que ser el mismo que regula la legislación familiar y la protección de los niños en los países miembros del Consejo.

Después de arduas discusiones, se concluye que la inseminación artificial deriva de un derecho a la salud, y por tanto, las indicaciones médicas deben de ser atendidas, eso sí, se excluye la inseminación de mujeres solas; se permite el uso de las técnicas si otras formas terapéuticas resultan ineficaces, o bien, para eliminar enfermedades genéticas o hereditarias, que pueden conducir a la muerte. En el caso de la mujer sola, se

admite si se justifica por una esterilidad irreversible. A la mujer soltera no estéril se le permite pero con semen de donantes y demostrando que ofrece condiciones adecuadas para gestar, mantener y educar el futuro hijo.

Ahora bien, es un hecho que en torno a los derechos fundamentales del ser, que puede o no llegar a nacer, en virtud de las técnicas de reproducción humana asistida, el más afectado en un momento dado es quien no interviene en su proceso de gestación. Los así nacidos tienen que ser protegidos legalmente, al igual que los demás, evitando se les ocasione algún perjuicio, directa o indirectamente por la aplicación de las técnicas. De ese modo, son tres los derechos mínimos que pudieran afectar a los productos gestados: El derecho a la vida; el de nacer dentro de una familia y el de conocer su origen.

En el primer caso, el problema es determinar la existencia ontológica del preembrion. Este, según Vercellone, no es un organismo humano en el sentido biológico, pues carece de capacidad para desarrollarse o sobrevivir por sí solo; pero sin duda ese material genético es siempre un proyecto de hombre. Aquí las posiciones de los juristas se polarizan, incluso dependiendo muchas veces de su concepción teológica, pero la mayoría de organismos oficiales se han pronunciado por la creación de un status legal del preembrion⁶⁸.

Por otro lado, se ha manejado el criterio de que el embrión es objeto de derecho de propiedad, lo cual es inadmisibile.

En suma, predomina a nivel internacional la opinión desfavorable a la consideración jurídica del feto como persona y con mayor razón a los embriones. Los que si le confieren ese caracter, plantean algo por demas interesante, consistente en la factibilidad de que el embrión pueda ser sujeto de una adopción. Obviamente nuestras legislaciones no contemplan para nada la posibilidad, pero si motiva a la reflexión porque, ana-

68 *Id.* pp. 36 y 37.

lizando desde luego las circunstancias de cada caso concreto, no creo irrealizable una adopción en condiciones de prenatalidad. Si de antemano una persona gestante, sea por vías naturales o artificiales se predispone a no aceptar el compromiso de la maternidad, rechazando anticipadamente el producto, en lo personal no veo inconveniente en que al nacer la criatura pueda ser entregada a su o sus adoptantes para que reciba toda la atención que una madre incapaz no va a poder brindarle. Naturalmente que mi opinión no es la verdad última, pero sí hay que ubicarse, más que en la responsabilidad de la madre o de los padres, en los riesgos que corre el futuro ser, al quedar en manos no garantizadas de sus progenitores.

Algo realmente novedoso, y que por lo mismo es motivador de un análisis a fondo, es la situación probable de que un producto meramente concebido, es decir, en estado de prenatalidad, pueda ser sujeto de una adopción futura o una promesa de adopción, que como algún tipo de modalidad de obligaciones, pudiera también someterse a una condición suspensiva, dependiendo del nacimiento del adoptable como acontecimiento futuro e incierto. Naturalmente que por ahora la cuestión es algo meramente incidental; no hay una solución afirmativa o negativa sobre su factibilidad o infactibilidad, por lo que la decisión y las tesis de los interesados están abiertas a inscripción.

En el segundo caso, si la protección del niño es la finalidad esencial de la legislación que regula el uso de las técnicas, se deduce que sólo debe permitirse en parejas estables, casadas o no. El problema de la prueba de la estabilidad, no debe interferir el ejercicio del derecho a nacer en una familia con sus componentes tradicionales; la esterilidad es un problema de la pareja, no del matrimonio.

En virtud de este derecho, el nacido por la tecnología genética, debe conocer a sus padres; tampoco debe de ser sometido a acciones de reclamación paternidad maternidad, por parte de los donantes de material genético, cuando se trata de IA o FIV con material donado⁶⁹

69 *Ib.* p. 41.

En cuanto al último derecho que se involucra en esta problemática, es el de conocer el origen de la fecundidad, aunque se contrapone al derecho del donante de mantenerse o mantenerlo en el anonimato.

El problema se planteó en las discusiones previas de la Ley sueca de 1985, concluyéndose que debe prevalecer el interés del niño, a saber que es producto de inseminación artificial, estableciéndose que puede tener acceso a la información, pero los datos del donante no pueden entregarse a los padres del nacido, ni a persona ajena.

Situación muy diferente se ha presentado en Italia, en donde el Tribunal de Menores de Turín, en resolución de 4 de febrero de 1986, negó el derecho de una persona adoptada a obtener información sobre su familia de origen, fundándose en el principio de protección a la familia y la necesidad de su estabilización.

Préstamo de Útero o Maternidad Subrogada.

Esta posibilidad como que sí choca brutalmente con la tesis de los derechos humanos, pues hay una confluencia de voluntades y de intereses que no tan fácilmente pueden ser protegidos, además de que hablar de contratación en estas condiciones, casi resulta un acto posiblemente objeto ilícito. No estoy decidiendo nada respecto en este delicado aspecto, si no que apunto de antemano la necesidad de su tratamiento y de la obtención de soluciones doctrinales y legislativas que además no afecten los intereses de alguien en particular.

La facilitación del útero con fines reproductivos, cuando de plano una mujer carece de capacidad para tener una criatura con sus propios órganos, supone la presencia de dos actos, cuando menos: 1. La celebración del contrato, entre la interesada y la mujer que pone a disposición su vientre para dar a luz. 2. La entrega del producto obtenido, a la pareja estéril.

En opinión del Dr. Antonio García Sánchez, exrector de la Universidad Autónoma de Chiapas, y ponente en el citado Congreso Mundial de

Derecho Familiar, indica que esta técnica no está permitida en el derecho mexicano, aunque el contrato celebrado plantea la interrogante de si sería inexistente o nulo absolutamente. Aquí también hay mucho que estudiar para encontrar la solución. De momento, por mi parte, no tengo una postura que exponer, pero estoy en el análisis del asunto.

Por otro lado, no existe forma jurídica para que el hijo procreado por encargo, pase a ser hijo de la madre estéril. Sólo que se recurriera a la adopción⁷⁰.

Volviendo con la jurista española Encarna Roca y en cuanto a esta forma de procreación, rechaza terminantemente la contratación onerosa del vientre, ya que afecta notablemente a la dignidad humana. Otro problema podría ser, el surgimiento de agencias o establecimientos que pudieran dedicarse a obtener ganancias, interfiriendo entre los interesados, convirtiéndose en un negocio francamente inadmisibles⁷¹.

El citado médico, García Sánchez, señala que la gestación de un ser humano no puede ser materia de comercio de los hombres, según expresión jurídica acuñada desde la antigüedad, además de que, madre para la ley es la que lleva al hijo en su vientre y que lo da a luz. Si la madre subrogada fuese casada, el hijo tenido por comisión de otra pareja sería legítimo, de la subrogada y de su esposo.

Por otro lado, no existe aun forma jurídica para que el ser procreado por encargo, pase a ser del matrimonio de la pareja en estado de esterilidad, si acaso puede pensarse en el recurso de dar al niño en adopción, pero la legislación mexicana en general al respecto es muy limitada.

De lo anterior, puede concluirse que el procedimiento de maternidad sustituta, constituye una conducta ilícita y eventualmente delictuosa para obtener descendencia una pareja imposibilitada para lograrlo por

70 "Técnicas de Fertilización" aspectos legales; investigación presentada en el *V Congreso Mundial de Derecho Familiar*, 24 de septiembre de 1988. Méx., Fotocopia, p. 3.

71 *Ob. cit.*, p. 46.

llos conductos naturales: eso al menos, en el marco actual de las normas jurídicas nacionales⁷².

Otro expositor en el mencionado evento, el puertorriqueño Pedro Silva Ruiz, y refiriéndose importantemente a la literatura jurídica sobre el tema, en los Estados Unidos, utilizando la expresión madre suplente, presenta casos realmente interesantes sobre los que se han pronunciado diversos tribunales norteamericanos, señalando que es opinión generalizada la recomendación de que se prueben legislaciones especiales, que resuelvan las múltiples interrogantes que provoca esta forma de contratación; tal parece que se trata más de un acuerdo entre caballeros, que de un contrato, como anota en el artículo "The surrogate mother", Katie Marie Bropy, *la Filiación a finales del Siglo XX*, ob. cit., p. 92.

Es de mencionarse la opinión del procurador general de Kentucky, emitida en 1981, al sostener que los contratos de maternidad subrogada son ilegales, fundamentándose en la política pública estatal contraria al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor de edad para su adopción (*baby buying*) y además en una ley que prohibía la adopción antes del nacimiento de la criatura⁷³.

En otro sentido, y en el caso conocido como *Baby M.*, el tribunal de instancia de New Jersey, y en apelación ante el Tribunal Supremo del Estado se decidió la validez de un contrato de sustitución materna, basada inclusive en derechos constitucionales reconocidos por la jurisprudencia, como el de que, si el individuo tiene derecho a la reproducción coital o sexual, entonces se tiene derecho también a la reproducción no coital. Si es la reproducción lo que se protege, también están los medios reproductivos. Los valores-intereses que subrayan la creación de la familia, son los mismos, sin importar los medios para alcanzarlos. El tribunal resuelve también que la protección de dichos medios se extiende al uso de madres suplentes. La intervención de una tercera persona no puede producir por ese solo hecho, la ilegalidad del contrato.

72. *Loc. cit.*

73. *Ib.*, p.93.

En esta misma nota, se anuncia el interés de diversos estados norteamericanos, por dictar leyes que vengan a regular la maternidad substituta, sea aceptándola o prohibiéndola de manera expresa.

En un *addendum*, Silva Ruiz, concluye su trabajo expresando que en segundas pruebas, el Tribunal Supremo de New Jersey, en apelación, en febrero de 1988 el caso *Baby M.* fue resuelto contrariamente a los intereses de los esposos Stern y en favor de los Whitehead, por contravenir la ley y la política pública estatal.

FECUNDACIÓN POSTMORTEM

Esta forma de procreación, posterior a la muerte de una persona que depositó con antelación semen para ser congelado, ha dado lugar a diversos y encontrados puntos de vista, presentándose ya incluso controversias que han tenido que ser ventiladas en los tribunales jurisdiccionales. Estamos hablando de verdaderos bancos o depósitos, dedicados al almacenamiento de embriones o de esperma, conservándolos adecuadamente para ser usados en el momento requerido. Y no estoy refiriendo algún fragmento de "El Mundo Feliz", de Aldous Huxley, sino una realidad presente en diversos países europeos, principalmente

Sin embargo, esta técnica está siendo llevada a un control sobre todo a recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, instando a los gobiernos a elaborar un Registro Nacional de Centros y Servicios Sanitarios, que acrediten autorización para aplicar estas técnicas científicamente. Igualmente se apunta la necesidad de crear comisiones nacionales multidisciplinarias sobre técnicas artificiales de reproducción humana, actividades científicas sobre material genético, embriones y fetos humanos, con el propósito de orientar a autoridades sanitarias y científicas, sobre cómo controlar el uso de estos procedimientos y autorizar proyectos específicos a falta de una regulación concreta⁷⁴.

74 Eduardo Serrano Alonso, "El depósito de esperma o de embriones congelados y los problemas de la fecundación postmortem". Catedrático de la Universidad de Oviedo, *La Filiación a Finales del Siglo XX*, ob. cit., p. 388.

El caso de la joven viuda Corinne Parpalaix, causó expectación en Francia cuando reclamó al Banco Estatal de Esperma, el semen congelado de su esposo, depositado tres años antes de su muerte. Sin tener la solución precisa que se dio a ese complicado asunto, porque la ponencia del Dr. García Sánchez, vuelta a citar, no la contiene, por comentarios fuera de exposición, indicó el médico, que se resolvió favorablemente a la reclamante⁷⁵

En el caso de México, es muy conocida la regla, similar a la francesa, de que se presume hijo de los cónyuges a los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio sea por divorcio o nulidad de matrimonio, o por muerte, (Art. 285 II, C.C.S.L.P.). De ahí que en las actuales circunstancias legislativas, el hijo producto de inseminación artificial con semen del exesposo, no puede considerarse legalmente hijo de matrimonio, si el nacimiento acontece pasados los 300 días de la muerte del progenitor, privándosele entonces al nacido, de los derechos al apellido del padre y hereditarios sobre su patrimonio⁷⁶.

IV ¿Patentabilidad de los materiales genéticos?

En este apartado, caben inicialmente diversos cuestionamientos relacionados todos con la posible patentación de variados materiales que son objeto del ejercicio de la genética. Sin embargo, no todas las interrogantes encuentran por hoy soluciones satisfactorias, ni menos definitivas. No se sabe con certeza si realmente pueden patentarse organismos vivos obtenidos mediante manipulación genética, o si un enfermo puede reivindicar frente a los tribunales su propiedad sobre productos creados a partir de fragmentos desprendidos de su cuerpo, o los tejidos de embriones destinados a trasplantarlos en niños que padecen malformaciones genéticas.

Todos estos cuestionamientos, como con toda precisión indica Pierre Bourets, "se encuentran en el límite de las fronteras del derecho y de la ciencia, de la ética y de la política", pudiendo resumirse a dos proble-

75. García Sánchez, *ob. cit.*, p. 4

76. *Ibid.*

mas: El de la apropiación de los cuerpos por la ciencia para fines terapéuticos o experimentales, y el de la apropiación del individuo de su propio cuerpo, en nombre de su libertad.

Para unos, en nombre de la ciencia, en aras del progreso, habría que dejar que con toda libertad experimenten los científicos.

Para otros, en nombre de la ética, no es posible hacer todo, y el progreso no puede considerarse en sí mismo como una virtud.

Por su parte, la nueva legislación mexicana para proteger la propiedad industrial, apenas de junio de 1991, y sin modificar lo que ya establecía la ley anterior, en cuanto a la imposibilidad de patentar productos derivados de manipulaciones genéticas, señala que no serán patentables: el material biológico y genético, tal como se encuentran en la naturaleza (entiendo, con probable error, el que en general puede utilizarse en la reproducción humana); y las invenciones referentes a la materia viva que compone el cuerpo humano. (Art. 16, Fraccs. II y IV).

El Art. que sigue (21), de dicha ley, hace mención, refiriéndose a la aprobación de las reivindicaciones (rescate de derechos previos a la presentación de la solicitud), en el caso de depósito de material genético - esperma, embriones, etc.-, remitiéndonos al Art. 47, párr. 2º, del ordenamiento en cita, para interpretar dichas reivindicaciones.

Por la novedad de los fenómenos que se analizan, la ley de propiedad industrial no contempla en detalle las diversas técnicas que considera la biotecnología, pero en su momento, ello resultará necesario, en cuanto los procedimientos se vuelvan comunes.

Esas disposiciones legales, tienen por hoy carácter muy general, siendo no obstante dudosa la patentabilidad de organismos vivos obtenidos por manipulación genética (la ley de la materia se refiere sólo al material; a la materia prima, mas no a los resultados de su utilización); la extirpación de órganos o miembros del cuerpo humano para reconstituir defensas inmunológicas; la fragmentación de partes del cuerpo para crear

productos; los tejidos de embriones para trasplante en niños que padecen malformaciones genéticas, etc. Son algunos de los casos específicos que en su momento tendrán que ser regulados jurídicamente, dando la posibilidad de titular los inventos o de plano impedirlos. Pierre Bourets, plantea como interrogantes los casos en que, en concreto estriban las dudas, carentes, de momento, de solución⁷⁷

V. Licitud o ilicitud de la contratación con fines genéticos.

Otra duda más se incorpora al cuadro, para determinar si puede aceptarse la licitud de las convenciones que tienen por objeto la facilitación o prestación de la matriz, para gestar un ser humano, lo que viene siendo ya materia de actividad lucrativa en diversos países, poseedores o no, de legislación aplicable. En opinión del Dr. García Sánchez, esa forma de procreación no está legalmente permitida en nuestro sistema jurídico, pues el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre asistente, sea en forma gratuita u onerosa, es inexistente para el derecho, no pudiendo las partes ejercer acción tendiente a exigir el cumplimiento⁷⁸

Aunque no lo explica en su ponencia, el citado médico, y tal vez por su profesión resulta difícil interpretar su pensamiento, posiblemente se refiera a la falta de nominación de ese "contrato" *sui generis*, en la ley, porque habla de la falta de permisión, calificando su realización como inexistente jurídicamente hablando. Si revisamos los elementos constitutivos de tales convenciones, más bien encontraríamos que el objeto perseguido afectaría las buenas costumbres o la moral, en cuyo caso pienso que pueden catalogarse como anulables absolutamente por su ilicitud, pues por lo que hace a los elementos esenciales, no hay problema de consentimiento, ni falta de objeto, determinado o determinable, nada más que éste, reitero, choca con principios y valores sociales y éticos, establecidos por la propia comunidad y recogidos por la ley. En todo caso, sería lo de menos hablar de inexistencia o de nulidad absoluta

⁷⁷ *ib. cit.*, p. 7.

⁷⁸ *ib. cit.*, p. 3.

del acto contractual, lo importante es que se considere o no su admisión o su rechazo, previas las investigaciones que en el fondo se efectúen.

En opinión de Francisco Lledo, catedrático de la Universidad de Deusto, la determinación del carácter contractual del préstamo de útero debe tomar en cuenta no sólo el interés de las partes en juego, sino también el de la sociedad, aplicando la vieja máxima *ex facto non oritur jus*, el derecho no nace del hecho. Este jurista, rechaza también la legitimidad del contrato, por repugnar a los principios de orden público familiares, aplicables a las relaciones personales, ya que el objeto del convenio, es decir la incubación en útero ajeno, es la persona misma, lo que sería lesivo atentado a su dignidad tratándolo como objeto o mercancía, como si se tratara de algo patrimonial.

Es decir, por consideraciones metajurídicas y más que por un derecho objetivo, los pronunciamientos mayoritarios son los de dejar fuera de materia contractual este tipo de arreglos, por lo que se pretende más que nada satisfacer un derecho individualista, desentendiéndose incluso de los efectos psicopatológicos que podrían afectar al producto. En todo caso, y sobre esto he focalizado mi atención, se trataría de un contrato de arrendamiento de servicios *stricto sensu*, al obligarse la mujer gestante a prestar su vientre, o más bien, todo su organismo prácticamente, con la finalidad convenida, lo que de raíz viene nulo por tratarse de un servicio ilícito, tomando como objeto del contrato a la persona en sí misma⁷⁹

En realidad, resumiendo las escasas opiniones expuestas sobre esta dificultad, siguen debatiendo si es arrendamiento de servicios o contrato de obra, todo es cuestión de ver qué se está tomando como objeto del contrato, agregándose otra posibilidad de que pudiera ser venta de cosa futura. La cuestión está en considerar al hijo no como algo, cual si se tratara de un objeto, sino como alguien, incidiendo aquí tanto aspectos éticos como antropofilosóficos. Por consiguiente, el autor citado apuesta

79 "El alquiler del útero y el problema de las madres substitutas o por encargo"; *La Filiación a Finales del Siglo XX*, op. cit., p.p. 329331.

por la nulidad del contrato en virtud de quedar fuera de la autonomía de la voluntad de las partes, negociar con una materia cuya indisponibilidad es notoria. Al contratar no sólo estando, por medio de un órgano de una mujer como lo es el vientre, sino todo su cuerpo y hasta su mente, pues en realidad toda la estructura anatómica femenina, juega algún papel en torno a la gestación, por lo que el jurista que se menciona, confirma la ilicitud del contrato, por no caer dentro de la libertad como derecho contractual y por chocar con una serie de principios de orden público.

Este mismo sentido, se reconfirma por la jurisprudencia española, aludiendo a la ilicitud de la causa, insistiendo en que la finalidad comercial es contraria a la ley y a la moral, reprobando todo convenio con una dirección finalista de obtener un producto humano con la renta de útero. En este punto, la inmoralidad como rasgo característico en estos actos, conduciría, si se aceptara, a aplicar todas las posibilidades de cualquier contrato, más que nada en caso de incumplimiento, resultando también contrario a la ética, un ejercicio del derecho de repetir cuando la gestante no pudo dar a luz al producto, o teniéndolo, se negase a entregarlo; se vería irracional un tribunal ordenando a la prestadora del órgano la entrega de una criatura a la pareja estéril y obligando a la madre por subrogación reembolsar la cantidad pagada como anticipo, según el convenio celebrado, lo que en todo caso se acepta, en lugar de una retribución como precio por los servicios, es una indemnización compensatoria, por ausencias de trabajo, dieta alimentaria, atención médica, molestias y riesgos en la salud, etc., quedando como elemento característico del contrato la gratuidad forzosa⁸⁰

Igualmente, como hacer uso de las modalidades de las obligaciones en estos pseudocontratos, sujetándolos a condiciones suspensivas o resolutorias, imponiendo modos o cargas, términos o plazos; se incurriría también en actitudes lesivas tanto para la arrendadora de vientre como para el producto así obtenido; y luego el posible incurrimiento en mora, la ejecución forzada de la obligación de entrega del niño, y en el caso de

80 *Ib.* p. 335

la gestante, el reconocimiento también del derecho de retención; en suma todas las formas y modalidades concedidas legalmente a los derechos personales, de crédito u obligaciones, contraponiéndose igualmente a los altos valores de la ética, de la dignidad humana y de las costumbres sociales y culturales.

Lo que sí observo, en la opinión de los tratadistas referidos con este tema, es una indefinición en cuanto al calificativo de la contratación uterina; a veces inexistencia y en otras ilicitud, tal vez debido a que dichas opiniones enfocan sus análisis en datos diferentes, en ocasiones en la finalidad del contrato, en otras en la condición definitivamente humana del producto esperado. Como que hay un manejo del objeto tanto directo como indirecto, que es en lo que parece que difieren los puntos de vista. Yo me quedo con la idea de tomar en cuenta el fin del contrato, que en el caso es ilícito, no por hacer a un lado la consideración de un ser, que si otra cosa no sucede será persona, biológica y jurídicamente, aunque al final existe una necesaria relación entre objeto directo e indirecto en los contratos cuya determinación legal no da lugar a dudas, es decir la licitud de su fin, e igualmente en el caso de este tipo de convenciones si su fin es lícito, es porque la causa o el objeto indirecto de ellas, o sea los futuros seres no pueden ser, conforme a una ética individual y social, materia de contratación.

VI. *Status* jurídico del embrión.

Otro aspecto incidental en el presente tema, es lo relativo a la estimación jurídica, con propósitos probablemente estatutarios, del embrión humano y del preembrión. La remisión a los aspectos legales concernientes al *nasciturus*, surge a causa de dos fenómenos que vienen revolucionando los esquemas de desarrollo del derecho de filiación, como conjunto normativo inmerso en el derecho civil; uno, la posibilidad del aborto y otro justamente los avances científicos en el campo de la reproducción humana, resultando posible la creación de embriones *in vitro* y su conservación con independencia de la madre, facilitando así la existencia de un stock de embriones originariamente humanos y con destinación incierta. Algunas de estas ideas, resaltando la pertinencia de es-

tudiar el tema, se expresan en la introducción al interesante trabajo de M. Carcaba Fernández, profesor de la Universidad de Oviedo, para quien estos fenómenos, nos obligan a replantear las concepciones tradicionales para tratar de configurar un *status* jurídico del embrión que sin poner freno al progreso tecnocientífico, se reconozca el debido respeto a la vida humana, siendo también obligado, entremezclar elementos de tipo ético, religioso, moral y biológico, como condicionantes de lo jurídico⁸¹.

También apoyo este punto, con la ponencia presentada en el multicitado Congreso Mundial de Derecho por la abogada argentina Andrea Inés Podestá, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, ofreciendo un estudio bien documentado, sobre todo en Derecho Comparado.

Esta autora, sostiene la necesidad de una protección especial a las incipientes vidas humanas, tomando en cuenta que de los implicados en las nuevas técnicas reproductivas, son las más indefensas. Y se pregunta, ¿cuándo comienzan jurídicamente tales vidas?, ya que la ciencia y la técnica están ayudando a crearlas. La historia del embrión inicia cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide, generándose al momento una nueva célula, huevo o cigoto, pudiendo ser en el seno materno, producto de una relación coital o asistida por la ciencia, o fuera de él⁸².

Podestá enfatiza sobre este proceso biogenético, señalando, aunque haciendo una recita, que al producirse la fecundación de los gametos se origina el cigoto, reuniendo al momento toda la información genética necesaria, para programar la formación del nuevo ser, y que, de no haber alteraciones, al empezar a funcionar el primer gen de dicha célula, la programación genética conduce inexorablemente a la formación del individuo adulto.

81 "Hacia un estatuto jurídico del embrión humano (especial consideración del pre embrión)", *La Filiación a Finales de...*, *ob. cit.*, p. 391

82 "Status jurídico del embrión". *V Congreso Mundial de Derecho Familiar*, San Cristobal de las Casas, Chiapas, septiembre de 1988.

De ahí que, genética y biológicamente, la vida inicia con la concepción sea *in vivo* o *in vitro*. Esto ha sido ampliamente aceptado por todos, más la discrepancia surge al reconocer o no el carácter de humana, de dicha vida; en otra palabra, no está resuelto si la vida humana inicia con la concepción o posteriormente. En la segunda posibilidad, las teorías se inclinan por determinar que la vida humana inicia con la anidación, que culmina catorce días después de la concepción. Las tesis argumentan que en esos días aún no están fijos los requisitos de unidad y unicidad, necesarios para configurar un individuo; de ahí que sea habitual distinguir una primera fase de la vida, donde pasadas las dos primeras semanas, queda en definitiva establecido el sujeto. De ahí que careciendo el embrión o preembrión, de las señaladas características, le privarian de individualización, resultando su destrucción la aniquilación de un ser humano con vida, lo que por fortuna nadie niega, sólo quedando la duda si se destruyó un individuo humano, o dos, o medio⁸³

Por otro lado, se sostiene que la vida humana, es un proceso evolutivo que inicia con la concepción, aunque en forma precaria, pero sí determinado el nuevo ser al darse todos los elementos y componentes genéticos.

En realidad, el concepto de embrión es muy amplio, pudiendo incluirse en él desde el cigoto bicelular hasta el feto de varios meses. Biológicamente, entre la concepción y el nacimiento pueden distinguirse tres estados diferentes: Preembrión, embrión propiamente dicho y feto. Pero la cuestión esencial es el reconocimiento o la inaceptación del derecho a la vida del embrión; como quiera el feto se encuentra protegido en todos los ordenamientos civiles y penales y no hay duda de su derecho vital, pero el embrión que no ha pasado aún el plazo durante el cual se permite el aborto, sobre todo en los sistemas en que eso depende de la voluntad de la madre, en este caso al concebido se le niega derecho a la vida, tratándolo como objeto y no como sujeto de derechos.

Todavía más compleja resulta la situación del preembrión, ya que ni

83. Francisco de Asís Sancho Rebullida, citado por Podestá, en *Ob. cit.*, p. 2

jurídica, ni biológicamente es fácil defender su carácter humano. Una gran parte de investigadores, sostienen que cabe hablar de ser humano cuando el embrión se ha fijado definitivamente en el útero y empieza la diferenciación de sus células y tejidos, originando un ser único e irrepetible. A la luz de los actuales textos jurídicos, es difícil defender el derecho a la vida del preembrión, pues en los textos internacionales el derecho a la existencia se reconoce a seres ya nacidos, a excepción de la Convención Americana de los Derechos del Hombre y el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959, igualmente la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 874, de 1979, relativa a la Carta Europea de los Derechos del Niño, aún en el pronunciamiento no ha tenido demasiada operatividad, por estar vigente el aborto⁸⁴.

Citado por M. Carcaba, Mignon anota que en la jurisprudencia inglesa y anglosajona de América del Norte, se lucha hoy por incorporar la personalidad jurídica del niño a hacer (*the unborn child*), sosteniendo la existencia de una verdadera continuidad entre óvulo fecundado e implantado, feto y niño

En suma, de estas opiniones, por ahora es imposible aceptar legal y biológicamente que el preembrión es un ser humano y sujeto de derechos, influyendo cuestiones éticas al defender o no tal carácter, aunque ello no signifique que arbitrariamente puede ser creado, objeto de experimento o de manipulación; al igual que el semen y los óvulos están fuera de comercio, el preembrión tampoco es cosa⁸⁵. Legislativamente, por otro lado, hay aún enormes carencias, sin embargo es muy probable subsanarlas, principalmente en España y países europeos.

Volviendo con Podestá, refiere que la Comisión Warnock, del Reino Unido, recomienda que al embrión hay que darle algún tipo de protección legal, coincidiendo en esto la citada, en cuanto a la protección del

84 Carcaba, *ob. cit.*, p.393

85 *Ib.*, p. 394.

nuevo ser, sin importar si es persona o potencialmente persona, vislumbrando graves las consecuencias de tratar a ambos momentos de modo diferente, considerarlo persona, cosa o algo intermedio, produciría distintas consecuencias. Andrea Inés⁸⁶, de plano se declara por la postura más benéfica para el producto de la concepción, considerándolo sujeto de derecho, reconociéndole básicamente: derecho a la vida; a padre y madre, a la integridad física, psíquica y moral, a la representación legal. Advierte que de no ser así, se puede llegar a desviaciones indeseables: a la clonación, o sea producción de individuos idénticos, a partir de un solo sujeto; de gemelos idénticos, de hijos del mismo sexo, de embriones humanos con fines sólo terapéuticos: fusión de embriones y producción de quimeras, es decir, seres fantásticos con componente humano, etc.; la anticipación del toffleriano shock del futuro, en el "Mundo Feliz" de Aldous Huxley.

Este es el panorama que muestra el derecho internacional, es decir comparado, del que México está más que desentendido, deberíamos, creo, ya en este momento ir preparando los terrenos para toda esa fenomenología que se nos va a echar encima y que vamos a batallar para ir la levantando, de antemano con toda lentitud y tal vez con inseguridad. Ni el estado ni la sociedad, observo, están centrando su atención en los verdaderos problemas HUMANOS, y esto es de la mayor trascendencia. Urge una revaloración de lo prioritario y lo secundario y superfluo; todo tiene su importancia pero hay una prelación de problemas, cuya preferencialidad está ahora en terceros y cuartos términos; todo exige atención, lo político, lo económico, lo social y lo cultural, pero los fenómenos apuntados tienen de todo esto, empezando por lo primero: una adecuada y requerible política legislativa que tienda a resolver controversias difíciles en lo futuro, cuyas nuevas fórmulas de reproducción humana, plantearían necesidades de satisfacción de bienes materiales micro y tal vez macroeconómicas; provocando reacciones sociales, quien sabe si desestabilizadoras o no; inconcertables o conciliables, depende-

86 Ponencia cit., pp. 4 y 5.

ría de la cultura de aceptación de todas esas complejidades; de una cultura del derecho humano a la reproducción, y del derecho de sus incipientes manifestaciones, a una aceptación legal y humana.

VII. Fecundación artificial y responsabilidad médica, civil o penal.

En este último apartado, me dedico a analizar la intervención de personal diverso, en el ejercicio de la biotecnología y las distintas formas de fecundar artificialmente, intervención que podría plantear situaciones de responsabilidad, tanto de carácter civil, como penal. Pero hay algunas dificultades para documentar el tema, pues son poquitos los estudios de juristas en idioma castellano, que pudieran ser consultados y además son inaccesibles; predominan italianos y norteamericanos, por lo que me conformaría con exponer algunas cuestiones de este entorno, cuando menos para despertar inquietud hacia su reflexión.

Algunos problemas pueden identificarse en el punto a tratar, que repito serían llamadas de atención para profundizarlas, y en nuestro caso, ir vislumbrando posibles soluciones legislativas, si es que pronto se avoca al estado a enfrentar los fenómenos de reproducción no natural y sus implicaciones jurídicas, pudiendo presentarse tales conflictos, tanto en inseminación artificial homóloga como heteróloga, como por causa de fecundación *in vitro*, también homóloga y con donación de semen y de óvulos.

La diversidad de cuestiones, amerita ubicarse en cualquiera de las modalidades indicadas, o si es matrimonio, o mujer sola, y si antes de someterse a la operación, la pareja recibió información o no del personal médico, en cuanto a riesgos o probabilidades; si se expresó claramente el consentimiento o no; si se establecen posibles causas de suspensión del procedimiento. En el caso de las previas informaciones médicas, no sólo en cuanto a los inconvenientes *in stricto* médicas (de salud para el futuro ser y para la gestante, transmisión hereditaria o de infecciones; provocación de taras y malformaciones genéticas, etc.), sino de las de tipo legal, negación posible de gestante para entregar el producto; desconocimiento de paternidad por padre o marido de la donan-

te; daños morales y patrimoniales que pudieran generarse en perjuicio de la persona o pareja estériles, etc.

En opinión de Fernando Pantaleón Prieto⁸⁷, profesor de Derecho Civil de la Universidad de Cantabria, y cuyo trabajo, publicado en la *Filiación a Finales del S. XX*, es el único que sirve de base para el presente tema, los deberes de información del personal médico, son "extraordinariamente exigentes", abarcando hasta un proceso de preparación psicológica de todos los sujetos aportantes, sea de material genético o de la voluntad necesaria para poder actuar con la debida legalidad, para que en lo posterior se eviten justamente problemas de ilegalidad o de exceso en las atribuciones establecidas en los pactos de procreación artificial.

Cuestiones otras pueden presentarse, como los por así decirlo defectos ocultos de los materiales genéticos dedicados a la práctica de la operación; posible responsabilidad del banco de gametos por los productos remitidos para su uso; de los centros públicos o privados, por omisiones o actos de personal a su servicio, o bien por las deficiencias de sus instalaciones e instrumental.

Total que son muchísimas las previsiones de los futuros ordenamientos legales, proceso previo en México que ni siquiera está iniciado, cuya primera fase tendría que ser la difusión de la materia entre todos los sectores de interés: abogados, médicos, familia, sociólogos, filósofos, psicólogos, antropólogos, humanistas, etc., es decir, una etapa primaria de alta y profunda reflexión, de depuración de conceptos e ideas, hasta llegar al momento del diseño de los instrumentos legales requeridos.

En las condiciones actuales como apunto, resulta enteramente complicado presentar ahora el cuadro completo de problemas y soluciones, menos de éstas que faltan tantas; son muchos supuestos y casos hipotéticos que podrían presentarse.

87 "Procreación Artificial y Responsabilidad Civil", *ob. cit.*, pp. 245-317.

Por lo demás, los conceptos claros de hecho ilícito, responsabilidad contractual y extracontractual, daño, perjuicio, indemnización, daño moral y patrimonial, sanción, etc., correspondientes a la teoría de hechos y actos jurídicos, lícitos e ilícitos, así como los conceptos de voluntad, objeto, capacidad, etc., son perfectamente aplicables en el Derecho Genético.

El Sr. Ing. Jaime Valle Méndez, Rector de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, dispuso la impresión de este libro en los Talleres Gráficos de la Editorial Universitaria Potosina. La edición estuvo al cuidado del autor y de José de Jesús Rivera Espinosa. Fue concluida el 11 de julio de 1998 y consta de 500 ejemplares.





1908. 75 Aniversario de la Autonomía Universitaria.

