

Derecho civil	1044
---------------------	------

Concluye el autor haciendo un comentario sobre la participación que deben tener los municipios a fin de que asuman su nueva responsabilidad como autoridades sanitarias locales, que son: si la responsabilidad directa e inmediata de los ayuntamientos es la salubridad local, se les deben proporcionar todos aquellos elementos que les son indispensables para cumplir con sus fines y, desde luego, es necesario que se tome en cuenta que cada municipio presenta condiciones y necesidades muy particulares. De igual forma se debe fomentar el acercamiento de las autoridades hacia los gobernados, a fin de que conozcan las necesidades de la colectividad y de que los recursos que se destinen a su satisfacción sean empleados con eficiencia.

Este artículo es un claro testimonio de la ardua tarea que se ha puesto en marcha; los mexicanos estamos siendo beneficiados con la descentralización de los servicios de salud; sin embargo, siempre nos queda una duda: ¿se continuará con esta tarea en la próxima administración?

Héctor DÁVALOS MARTÍNEZ

DERECHO CIVIL

MORANÇAIS-DEMEESTER, Marie-Luce, "Vers l'égalité parentale", *Recueil Dalloz Sirey*, París, núm. 2, enero de 1988, pp. 7-14.

La autora, en el artículo que reseñamos, analiza la evolución que se ha dado en Francia en un periodo de 17 años, lapso transcurrido entre dos leyes que reforman el Código Civil francés en el ámbito de las relaciones familiares: la del 4 de junio de 1970 y la del 22 de julio de 1987.

En esta etapa se deja atrás, según la autora, el concepto de patria potestad para desarrollar la autoridad de los progenitores y desembarcar en el de igualdad entre el padre y la madre en relación con el hijo legítimo, idea en la que encontramos el fundamento esencial de la reforma de 1975. Así pues, se desaparece totalmente la supremacía del padre sobre los hijos para ubicar a la igualdad entre ambos progenitores como un principio básico de la familia; sin embargo, este principio sólo se reserva a la familia legítima, ya que en la familia natural se adopta una fórmula unilateral que le es exclusiva: la madre es la única que tiene para sí la autoridad sobre los hijos.

Esto produce un desequilibrio que ha degenerado, al decir de la autora, en una serie de medidas anacrónicas tomadas por el juzgador en suplencia de la ley, que contradicen las reivindicaciones feministas sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres.

Más importante, desde nuestro punto de vista, es el apuntamiento que Morançais-Demeester hace en torno a la preocupación que movió el legislador en las reformas de 1987: el interés de los hijos.

Dadas las circunstancias sociales de la actualidad, en las que existe un mayor número de divorcios y un mayor número de parejas que tienen hijos sin casarse y, en ambos casos, unos progenitores —padre y madre— preocupados por el bienestar de los hijos y más participativos en su desarrollo, la igualdad entre ellos respecto de los hijos es imperiosa.

Así pues, dentro de las reformas que analiza la autora, se ubica a la autoridad paterno-materna conjunta como el pivote central de las mismas. Este concepto ha sido retomado de la ley del 4 de junio de 1970, la cual se aplicaba exclusivamente a las familias legítimas unidas. El contenido o manifestación fundamental de dicho concepto es el ejercicio común de una serie de prerrogativas y facultades que los progenitores tienen respecto de los hijos; tales prerrogativas se refieren, principalmente, a la guarda y educación del menor.

Las manifestaciones del deber-derecho de guarda o custodia del menor son muchas. La autora nos cita, como ejemplos, la facultad que tienen los progenitores para obligar a vivir a sus hijos en su domicilio; para defender sus derechos de la personalidad; para oponerse a las relaciones que los hijos puedan establecer con otras personas —excepto con los abuelos—; para interceptar su correspondencia. En cuanto al deber-derecho de educación, nos dice que a través de él el legislador pretende que el padre y la madre eduquen moral y socialmente al hijo, de tal suerte que se convierta en una persona adaptada en su comunidad, para lo cual, en forma concreta, podrán elegir la formación moral, civil y religiosa, su orientación escolar y profesional.

Evidentemente, la preocupación del legislador se ubica en el ejercicio conjunto de estas facultades cuando el padre y la madre no viven juntos y existe conflicto en el núcleo familiar.

En casos de divorcio la Corte de Casación abre la posibilidad de la custodia de los hijos en forma alternada. Posibilidad que, obviamente, asegura la igualdad entre los progenitores respecto de la autoridad *parentale*; pero esta solución, de no aplicarse con cuidado en caso de conflictos severos entre el padre y la madre, puede provocar una desestabilización emocional del hijo, en momentos que requiere con ma-

yor urgencia de la estabilidad y seguridad cotidianas, por ello el legislador sólo la deja como una mera posibilidad para el caso en que exista un mínimo acuerdo entre los progenitores.

Así pues, se prevé que el hijo estará confiado a la custodia de uno de los dos o incluso a un tercero, pero ambos progenitores realizarán, en todo caso, las acciones relativas a la vigilancia de su desarrollo y educación.

Uno de los efectos más significativos de este ejercicio conjunto es el patrimonial: respecto de la pensión alimenticia se establece que la contribución del progenitor que no tenga bajo su custodia al hijo será proporcional no sólo a sus propios recursos, como exige el principio de la proporcionalidad de los alimentos, sino también a los recursos del otro progenitor.

Por lo que se refiere a las familias "naturales", nos dice la autora que esta ley institucionaliza la "unión" en este tipo familiar, dado que permite que el solo acuerdo del padre y la madre establezca el ejercicio común de la autoridad *parentale*, dejando a un lado el principio que establece que en estos casos es la madre quien la ejerce en exclusiva. Para ello basta el acuerdo y la declaración del juez de tutelas mediante un procedimiento simplificado y rápido.

Incluso, cuando existe conflicto entre el padre y la madre "naturales", la nueva ley pretende un equilibrio entre las facultades de ellos respecto de los hijos al establecer que el padre o la madre que no poseen la autoridad *parentale* pueden obtener los derechos de visita y vigilancia del menor, derechos que antes le eran negados totalmente.

Como observamos, estas reformas se ubican en el contexto jurídico y en el sociológico. Sin embargo, no deja de sorprendernos la meticulosidad con que la autora abarca las mil y una posibilidades que pueden existir en las familias francesas con la aplicación de la nueva ley y la poca atención que da al aspecto psicológico que estas reformas pueden tener sobre los hijos. Parece ser que la legislación y la doctrina francesa se están dedicando a precisar el sinfín de detalles que las relaciones familiares generan y están perdiendo de vista el propio nexo afectivo que se da en esas relaciones. Desde nuestro punto de vista, bastaría que la ley consagrara la igualdad entre los progenitores y se dejara al criterio del juzgador la atención de cada caso en particular. Es cierto que las relaciones familiares, como toda relación humana, son muy complejas, pero este tipo de medidas en nada ayudan y sí pueden crear más confusión. Los juristas debemos recordar que esa complejidad no está dada por factores externos sino por los intereses afectivos, las motivaciones psicológicas que se mueven en el grupo familiar. Te-

niendo siempre presente esto, debemos buscar medidas sencillas de apoyo a los progenitores y de protección para los menores.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

RIVET, Michéle, "La vérité et le statut juridique de la personne en droit québécois", *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987, pp. 842-868.

En el marco de la reunión anual de la Asociación Henri Capitant, Rivet analiza la convulsión que el derecho ha sufrido desde el momento en que la verdad biológica no es única. Con su estudio se une a la corriente de civilistas que buscan, en el mundo, la respuesta a las nuevas interrogantes que se presentan en la filiación y en el estado de las personas. Enfrenta la verdad biológica con la verdad jurídica bajo dos rubros: "la procreación fragmentada" y la "sexualidad fragmentada".

Para abordar el tema, explica que en 1975, en Bélgica, esta misma Asociación se reunió para analizar las interrogantes que se planteaban sobre el tema del cuerpo humano y el derecho. En estos trabajos surgieron también los temas de la inseminación artificial y el transexualismo; sin embargo, en aquel entonces la ciencia no había llegado al punto en que nos encontramos actualmente y el derecho podía, aún, dar respuestas a dichas interrogantes sin necesidad de modificar sus fundamentos y su organización.

En la actualidad se trata de decidir cuál de todas las verdades que converjan en un mismo punto ha de ser retenida por el derecho: la verdad biológica, la verdad social, la verdad afectiva o la verdad jurídica. Y, sobre todo, cuál de sus aspectos debe prevalecer.

Rivet nos explica que en Quebec, a partir de las reformas de 1980, la institución de la filiación disocia el estatuto jurídico del hijo de aquel de sus padres, poniendo, con ello, fin a la preeminencia del matrimonio y de la "verdad social", para dar prioridad a la verdad biológica. Así, se establece que "todos los hijos cuya filiación haya sido reconocida, tienen los mismos derechos y obligaciones sin importar cuáles hayan sido las circunstancias de su nacimiento". Además, el Código Civil de Quebec señala que "el interés del niño y el respeto a sus derechos deben ser el motivo determinante de las decisiones que se tomen sobre su persona".

Al hablar sobre la inseminación artificial heteróloga e *in vitro*, explica que la primera es una práctica frecuente; tanto, que está incluida

dentro del régimen público de asistencia social, no así la segunda, lo cual frena, necesariamente, su desarrollo.

La respuesta que a raíz de las reformas de 1980 se da a estos fenómenos es parcial; atañe sólo a la paternidad, dado que en ese tiempo todavía no desarrollaban las técnicas de inseminación *in vitro*. De todas maneras, afirma Rivet, la acción del legislador es muy tímida, ya que sólo establece que los hijos concebidos por inseminación artificial no podrán ser desconocidos por el marido de la madre ni su filiación podrá ser cuestionada ni por los padres ni por terceros; ello siempre y cuando la inseminación artificial haya sido realizada previo consentimiento de ambos padres y éstos estén unidos en matrimonio. Según Rivet, esta postura legislativa es tímida, ya que hace prevalecer la "verdad conyugal" sobre cualquier otra; empero, deja fuera del marco jurídico las fecundaciones *in vitro* que se realizan fuera del matrimonio.

Respecto de la maternidad por implantación de óvulo, nos dice que las respuestas no han cambiado: madre es quien da a luz, con lo cual la "verdad ficticia" o "consensual" prevalece sobre la "verdad genética".

Frente al fenómeno del arrendamiento de úteros, nos explica que este tipo de contratos son ilícitos en derecho canadiense, dado que en el artículo 20 del Código Civil del Bajo Canadá se prohíbe expresamente la enajenación onerosa de cualquier órgano del cuerpo humano que sea susceptible de regeneración. Por lo tanto, la respuesta a este fenómeno se debe buscar a través de la adopción, ya que, en una postura realista, estos contratos se dan, existen en el mundo de los hechos, y después generan consecuencias jurídicas a pesar de que la ejecución del "contrato esté sujeta exclusivamente a la voluntad de la madre portadora", ya que si ésta al final del embarazo se niega a entregar al hijo no existe fundamento jurídico que la obligue a cumplir lo pactado.

Recalca que la adopción es la institución que puede legalizar la relación entre el hijo, la "madre convencional", la "madre portadora" y la "madre genética". Sin embargo, el artículo 617 del Código Civil de Quebec establece que "antes de pronunciar una sentencia de adopción el tribunal deberá asegurarse que las condiciones para ello se han cumplido cabalmente y que el consentimiento ha sido otorgado en forma válida"; frente a ello, Rivet se pregunta si por "consentimiento otorgado en forma" puede entenderse el otorgado por la "madre portadora" bajo la presión del "contrato de arrendamiento de útero".

En todo caso, a través de todas las instituciones de derecho de familia en Quebec se infiltra la noción del "interés del niño", proveniente de una concepción social del derecho que, si bien no puede hacer lícito el arrendamiento de útero, si matiza el marco que regula el estatuto

jurídico del niño; así, existe un desligamiento, en filiación, de la verdad social para protegerla, hacerla verdad biológica a reconocer, después a la verdad consensual para privilegiarla y finalmente se centra en una verdad psicológica que, en interés del niño, debe ser protegida. En este deslizamiento y con estos matices se han de resolver, al decir de Rivet, los conflictos de intereses entre la "madre portadora" y el padre genético del niño.

A continuación pasa a analizar el fenómeno de la "sexualidad fragmentada", del que afirma: "si existe un fenómeno capaz de provocar un cuestionamiento y una polémica tanto jurídica como filosófica sobre nuestra capacidad de comprender lo abstracto y lo desconocido ese es el transexualismo". ¿Dónde se sitúa la verdad entre el sexo "psíquico" y el sexo "genético" de estas personas?, ¿qué fuerza los empuja a buscar, aun a riesgo de su vida, una mutación física para adecuar su apariencia con su ser psíquico?

En Quebec existe una ley sobre el cambio de nombre y otras cualidades del estado civil, que permite no sólo el cambio de nombre sino de la indicación del sexo y del apellido. Así, en Quebec el transexual tiene un reconocimiento de su nueva identidad. Con ello se abren otras posibilidades como, por ejemplo, el matrimonio y la filiación.

En ambas instituciones prevalece, en Quebec, el principio de no discriminación de las personas por su orientación sexual, principio reconocido en la "Carta de los Derechos y Libertades de la Persona" de esa provincia.

En virtud de este principio, heterosexuales, homosexuales y transexuales tienen exactamente las mismas posibilidades jurídicas frente a la filiación, adopción, patria potestad y custodia de los hijos. Sin embargo, en relación con el matrimonio, el Código Civil de Quebec no contiene una disposición que permita la celebración del mismo entre homosexuales o transexuales, lo cual hace suponer que cualquier unión matrimonial en estos grupos será nula con todas las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Rivet afirma que si bien no existe una discriminación por la preferencia sexual de los individuos, la realidad es que los transexuales tendrán un estatuto jurídico ambiguo hasta en tanto no se legisle en forma explícita y clara sobre el reconocimiento o desconocimiento de la "nueva sexualidad".

SENGER, Harro von, "La première loi sur les successions en République Populaire de Chine", *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, Bruselas, t. LXIV, núms. 1-2, 1987, pp. 65-79.

René David, en su conocida obra *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, dice al referirse a China:

La concepción tradicional del derecho en China, es muy diferente de la occidental. El fundamento del orden social, no lo constituye el derecho sino los ritos, los cuales consideran que el individuo, en todas las circunstancias de la vida, debe observar un comportamiento en armonía con el orden natural de las cosas. La preponderancia de los ritos y el desprecio a la ley escrita, son consecuencias del postulado de la bondad originaria de la naturaleza humana. Afirman los filósofos "que el Cielo ha puesto la ley natural en el corazón del hombre". Estas elevadas concepciones morales suponen un pueblo dispuesto a reconocerlas y a aplicarlas. Sin embargo, los que son incapaces de percibir y comprender la ley natural, no pueden ser gobernados mediante ritos y es para ellos, para los que se admite, en la concepción tradicional china, la triste necesidad de prever penas y tener leyes.

La construcción progresiva del socialismo en la China continental, es otro factor que ha impedido la existencia de un ordenamiento formal. Una sociedad en constante evolución debe orientar el curso del proceso social hacia metas futuras bien definidas. No será prudente dictar leyes para consolidar etapas parciales, cuando ellas deben ser sustituidas, en breve plazo, por otras más avanzadas.

Al parecer, en la organización política del país se ha seguido este mismo criterio. Las denominadas constituciones de los años 1954, 1975, 1978 y 1982, son consideradas por algunos comentaristas como simples leyes constitucionales, fácilmente modificables, como lo demuestra el hecho de que en tan breve plazo se hayan elaborado cuatro de ellas.

Una constitución política, agregan, incorpora a su texto normas y principios definitivos, que por la naturaleza misma de las cosas adquieren permanencia y en ciertos casos inamovilidad, en sus aspectos básicos.

Considera el autor que pueden distinguirse tres épocas en la historia del derecho chino.

La primera comprende la China tradicional anterior a 1911.

La segunda abarca desde 1911, fecha en que se fundó la República China, hasta 1949.

La tercera corresponde a la fecha de la constitución de la República Popular China (continental), desde 1949 hasta hoy.

A principios del siglo actual, el derecho privado se fue adaptando en parte al derecho occidental. En 1911 se elaboró el primer proyecto de Código Civil. Sirvió de modelo el Código Civil japonés de 1898, fuertemente inspirado en el derecho alemán.

En los años 1929 y 1930, se promulgó libro por libro el Código Civil chino, el cual entró en vigor en 1931. Aún se encuentra vigente en Taiwan.

La República Popular China abrogó en febrero de 1949 el Código Civil de 1931, mediante un decreto expedido por el Comité Central del Partido Comunista chino.

En el año 1979 se designó una comisión especial encargada de redactar un nuevo Código Civil para la República Popular. El proyecto se encuentra terminado. Ha sido revisado en cuatro oportunidades, pero no ha recibido aprobación. No obstante, algunos de los capítulos del proyecto han sido promulgados como leyes especiales. Uno de estos capítulos se refiere al derecho sucesorio.

La Comisión Legislativa del Comité Permanente del Parlamento chino y la Corte Suprema recibieron el encargo de elaborar un proyecto sobre sucesiones, el cual quedó totalmente redactado en 1984, teniendo de base uno de los capítulos del proyecto de Código Civil.

El proyecto fue promulgado como ley de la República el 10 de abril de 1985 por la Asamblea Popular Nacional de China. Entró en vigor el 10. de octubre de 1985. Se compone de cinco capítulos y 37 artículos, que tratan, respectivamente: 1. Reglas generales; 2. Sucesión intestada; 3. Sucesión testamentaria y legados; 4. Devolución, y 5. Reglas adicionales.

En la China tradicional no existían leyes de sucesión. El elemento esencial de las relaciones hereditarias radicaba en los homenajes obligatorios que debían rendir los herederos a los ascendientes de la línea paterna.

Sólo los descendientes varones podían rendirlos para que fueran válidamente aceptados por los ancestros. Por esta razón, a las mujeres se las excluía de la sucesión. El varón que fallecía sin dejar descendencia masculina pero sí hijas, era considerado sin herederos.

Se decía que el hijo varón encarnaba el aliento vital del padre y que ambos formaban un solo cuerpo, de modo que la muerte del padre no extinguía su existencia, la cual continuaba en sus descendientes varones, quienes adquirían la calidad de dueños de los bienes y de deudores cuando habían deudas. La sucesión operaba en forma automática.

Las autoridades no intervenían porque la herencia no se encontraba gravada con impuestos.

La partición la hacía uno de los hermanos del difunto. Raramente se efectuaba y los bienes se iban transmitiendo, de hecho, por años y años entre los descendientes varones.

En el primer proyecto de Código Civil de 1911 el derecho sucesorio se encontraba muy influenciado por las concepciones tradicionales. En cambio, en el Código Civil que empezó a regir en 1931, el derecho sucesorio fue regulado en la forma establecida en el Código Civil japonés. La República Popular abrogó este Código en febrero de 1949. En 1950 promulgó una ley sobre el matrimonio, que fue perfeccionada en 1980. En ella se hace referencia a los derechos sucesorios de los cónyuges y de los hijos.

En la Constitución de 1954 se otorgó a los ciudadanos el derecho de herencia, disposición que no figuró en las constituciones de 1975 y 1978, pero que resurgió en la de 1982 (artículo 13).

La primera ley específicamente sucesoria fue dictada en 1985. Según el autor, esta ley forma parte de un conjunto de medidas acordadas por el Partido Comunista chino en diciembre de 1978, tendentes a la modernización de la República con el propósito de obtener una mayor prosperidad económica. Se autorizó al pueblo para adquirir bienes privados y acumularlos (automóviles, barcos motorizados, herramientas, etcétera), pudiendo ser transmitidos por herencia. Se ha creído reforzar, en esta forma, lo que se denomina en China "el entusiasmo" y el "activismo" del pueblo, cautelando las inversiones de los ciudadanos chinos de ultramar. Estas medidas reforzarían la estabilidad de la familia, la protección de los ancianos, los inadaptados y los menores. Descarga además, en cierta medida, al Estado chino de la protección de estas personas.

La ley de 1985 prescribe la *lex domicilii* para los muebles y la *lex revisitae* para los inmuebles transmitidos por herencias internacionales.

La ley se compone de cinco capítulos y 37 artículos. Es una de las legislaciones más breves del mundo. Ello se debe a que no existía antes un ordenamiento sobre la materia; a que siendo el 80% de la población de origen campesino se requieren de leyes simples y claras para adaptarlas a la mentalidad de la población, y a que el derecho hereditario no es la principal razón del sistema económico y político de la República Popular. Por tratarse de un Estado socialista, su carácter distintivo se expresa en la colectivación de la tierra y de los medios de producción.

Por fin, los bienes que pueden transmitirse por herencia son escasos. El de mayor valor puede ser la casa cuando es de propiedad individual. Las casas y los medios de subsistencia pueden ser objeto de propiedad individual y por lo tanto transmisibles. La tierra queda excluida de la sucesión, porque ella permanece colectiva, con la sola excepción del terreno donde se encuentra construida la casa.

Dice el autor que el concepto chino de heredero es original. Al igual que en el derecho soviético, la ley china distingue dos órdenes de herederos legales: los herederos del primer orden son el cónyuge, los hijos y los padres; los del segundo son los hermanos, las hermanas y los abuelos.

Si hay herederos del primer orden, quedan excluidos los del segundo. Los herederos del mismo orden suceden por cabezas.

Los yernos y nueras viudos son considerados herederos del primer orden cuando han tomado a su cargo el mantenimiento de sus suegros.

Una porción equitativa de la herencia puede ser atribuida a un "no heredero" si se ha encargado de mantener por largo tiempo al autor de la herencia.

Si hay testamento, la sucesión puede recaer en un extraño, salvo que existan herederos incapacitados para trabajar y sin medios de subsistencia. A éstos, en el testamento debe asignárseles una porción que les permita la satisfacción de sus necesidades.

Pacto sucesorial: se permite este pacto, al cual se le denomina "convencción sobre un legado en pago de mantenimiento". Se trata de un legado con contraprestación de una renta. Puede celebrarse con una persona natural o colectiva que se encarga de tomar para sí el mantenimiento del cocontratante y de costear sus gastos funerarios. En pago recibe el legado.

Estos pactos ya existían en China antes de la entrada en vigor de la nueva legislación.

Esta ley rige en toda la República Unitaria, con especial reserva de ciertas minorías a las cuales se permite legislación propia.

El artículo 9 dice que el derecho de sucesión es igual para el hombre y la mujer. Igual precepto contiene el artículo 33 constitucional.

El artículo 26 dispone que en caso de muerte del esposo, la mujer tiene derecho a la mitad de los bienes adquiridos durante la unión conyugal, los que son definidos como de propiedad común.

Otra disposición curiosa dice: "El cónyuge sobreviviente tiene derecho de disponer, al momento de volver a casarse, de la parte de los bienes heredados. Ninguna intervención ajena está permitida."

Hoy la viuda puede volver a casarse. Antes no podía hacerlo, pues debía guardar fidelidad a su esposo muerto. El nuevo matrimonio era considerado como una infidelidad conyugal.

El ciudadano puede disponer de sus bienes por testamento, el cual puede otorgarse ante un notario o mediante testamento ológrafo. En peligro de un daño inminente puede otorgarse testamento verbal.

El testamento registrado por banda magnética, dice el autor, es una creación de la República Popular y un claro testimonio de su modernización.

La institución del concubinato legal, típica del antiguo derecho de familia, ha sido reconocida en la actual legislación. Al morir el varón, si deja esposa legítima y concubina legal, éstas son consideradas por igual.

Lisandro CRUZ PONCE

SISTO, Francesco Paolo, "*Mater non sempre certa est: la gestazione per conto terzi, fra (pieni di) scienza e (vuoti di) legislazione*", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1467-1473.

Francesco Paolo Sisto realiza un análisis de la problemática surgida en el mundo del derecho por los adelantos de la ingeniería genética, enfocando su atención en las lagunas legislativas sobre el tema. Afirma que es inusual el vacío absoluto que se observa en la legislación italiana sobre los nuevos métodos de concepción y fecundación humanas. Este vacío es sorpresivo en el sistema jurídico italiano, sobre todo porque, al decir de los juristas de ese país, adolecen de una normatividad exuberante y excesiva.

La actividad legislativa de los últimos diez años se ha peculiarizado por su carácter intempestivo, por la casi coincidencia del fenómeno a regular y la promulgación de la norma aplicable; sin embargo, en el tema que nos ocupa el silencio es total; aparentemente se ha dejado exclusivamente en manos de los médicos del asunto, al grado que la experimentación con la genética humana ha alcanzado límites intolerables por falta de control. Sisto denuncia incluso la fecundación de animales con gametos humanos.

Una vez proyectado el alcance de la ingeniería hasta el híbrido mono-hombre, recalca que si bien eso es importante, no debemos perder

de vista el problema de hoy. ¿Cómo resolver los casos que hoy en día se presentan? ¿Qué normas se aplican a los conflictos que surgen en torno a la paternidad y a la maternidad cuando éstas son efecto de una manipulación genética?

El autor consultó en el Centro Electrónico de Documentación de la Suprema Corte de Casación bajo el rubro de "procreación". Obtuvo como respuesta 21 sentencias sobre el tema consultado relativas todas a la alteración del estado civil del recién nacido. La jurisprudencia sostiene que la falsedad debe incidir

... sobre la relación de procreación y sobre la identificación del recién nacido, en virtud de habersele atribuido un estado no conforme con su descendencia efectiva, con una divergencia sustancial entre la posición del recién nacido tal como debe de ser por naturaleza y la posición que resulta documentada como efecto de la falsa declaración.

Sisto señala que los conceptos "descendencia efectiva", "procreación real", "identidad del recién nacido", "posición según la naturaleza" y "divergencias sustanciales", traen a colación en forma inmediata el fenómeno de la "gestación por terceros". Concretamente de los casos de arrendamiento de útero y transferencia de embrión, recomendados cuando la "madre genética" está imposibilitada para llevar a término el embarazo sin riesgos para ella o el *nasciturus*. Estos casos son calificados por el autor como "de candente actualidad". Casos que provocan grandes polémicas entre filósofos, moralistas, psicólogos, médicos y juristas. Polémicas que giran en torno al "derecho a la procreación".

En términos generales, el autor afirma que existe una tendencia de no legislar sobre estas formas de fecundación y gestación, como en los casos de Alemania y Francia. En Italia las comisiones que estudian el caso se inclinan por prohibir este tipo de fecundación, ya que se trata de contratos que tienen por objeto una serie de órganos y funciones que atañen directamente a las futuras generaciones de hombres y mujeres, y a la trasmisión de un "patrimonio genético". Sin embargo, afirma el autor, la medicina sostiene que no existe tal trasmisión de patrimonio genético en el arrendamiento de útero, dado que la formación del nuevo ser, con toda su carga genética, se da en el momento mismo de la unión de los gametos masculinos y femeninos, de tal suerte que el útero "anfitrión" no influye en esta carga.

La pregunta es, pues: ¿quién es la madre, aquella que concibió o aquella que dió a luz? Hasta ahora la prueba de la maternidad estaba

dada por el mero hecho del parto; sin embargo, nos encontramos frente al fenómeno de que este hecho es ajeno al patrimonio genético del recién nacido. El vacío normativo provoca, en este caso, que al declarar madre a la madre genética-responsable se incurre en el delito de falsedad que previamente señaló, lo cual provoca una situación de incertidumbre acerca del estado y la filiación del recién nacido.

Frente a ello, el autor señala que el Estado debe hacer una selección entre los intereses que giran en torno a la ingeniería genética, tomando en consideración que la procreación y sus métodos han de ser protegidos más allá de la mera relación sexual. Guardar silencio o eludir el problema no sólo crea situaciones irregulares que pueden acarrear graves daños. La vida de todos los días es objeto de tutela estatal.

Este artículo, como los demás que versan sobre este tema, reclama en el mundo la intervención del legislador para reglamentar los usos de la ingeniería genética antes de que lleguemos a los extremos deshumanizantes que han sido creados en el mundo de la ciencia-ficción y que hoy en día parecen una realidad. México es uno de los países que adolece del vacío legislativo que denuncia Francesco Paolo Sisto.

Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y NOROÑA

VECCHI, Paolo Maria, "La fecondazione artificiale nel caso di mutamento di sesso in Italia e nella Germania Federale", *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, Milán, año XVI, núms. 3-4, julio-diciembre de 1987, pp. 1487-1501.

Permítasenos enfocar desde ahora la atención en dos puntos que consideramos fundamentales en el artículo de Paolo Maria Vecchi: el derecho a la paternidad-maternidad y el derecho a ser diferentes, ambos como derechos inherentes a la persona humana. La intención que perseguimos al hacerlo es la de abrir el marco de análisis que se presenta, en el derecho, por la inseminación artificial. Creemos que este avance científico, como otros tantos, no sólo atañe una institución jurídica en particular —en este caso la filiación—, sino que involucra más ampliamente a la familia y las instituciones que la tutelan. Pero también nos permite estudiar al hombre y a la mujer en sus particularidades, la naturaleza que les es común y la dignidad de que están investidos.

Habiendo hecho esta puntualización entramos a reseñar el artículo de Vecchi:

Afirma que, como todos sabemos, en la actualidad la medicina permite a las personas adecuar su cuerpo a la identidad sexual que psicológicamente sienten como propia; por otro lado, permite que personas consideradas estériles hasta hace unos años puedan, si lo desean, tener hijos. Sin embargo, continúa, estos dos avances de la medicina todavía no están vinculados entre sí, dado que el trasplante de gónadas y órganos genitales está expresamente prohibido en Italia. Además, quirúrgicamente, el cambio de sexo implica la ablación de los órganos genitales originales, lo cual implica, necesariamente, la esterilidad del sujeto.

A pesar de ello, dice Vecchi, es el momento de pensar en la respuesta que el derecho debe dar a las posibles formas de filiación artificial.

Para empezar, afirma que la expresión sujeto (hombre o mujer) transexual sólo es una expresión descriptiva, siendo inadmisibile que se piense en una categoría sociojurídica, dado que la sola diferenciación implica una violación al derecho de la identidad personal o una discriminación grave a estas personas. Para el derecho, dice, es irrelevante el sexo registrado al momento del nacimiento de la persona, lo trascendente es el resultado actual del hecho del nacimiento. Con ello, tenemos que en Alemania y en Italia existe un llamado derecho a la identidad sexual específica, con base en el cual la persona puede proponerse social y jurídicamente como perteneciente al sexo que siente como propio en forma independiente del sexo cromosómico.

De ello surge la hipótesis, posible dados los avances tecnológicos, de un matrimonio entre dos personas pertenecientes al sexo femenino, una de las cuales es transexual, a cuya unión, en caso de inseminación artificial heteróloga de la esposa, se le han de aplicar las normas que para tal caso se aplican a los matrimonios convencionales. Es decir, explica el autor, el hijo nacido en dichas circunstancias será hijo legítimo de ese matrimonio a menos que hubiere acción de desconocimiento de la paternidad por parte del marido transexual dentro de los términos previstos en el ordenamiento civil alemán para estos casos.

De este ejemplo-hipótesis derivan otros más complicados: la inseminación *in vitro* de un óvulo del marido transexual y posterior implantación del mismo en el útero de la mujer de éste; la "maternidad" subrogada en el caso de un matrimonio de dos personas pertenecientes cromosómicamente al sexo masculino, son dos de ellos.

Para efectos de nuestra reseña no es necesario detallar las posibles complicaciones que tales hipótesis generan, sino subrayar que ellas tienen, al decir del autor, una solución jurídica debidamente estipulada tanto en el Código Civil italiano como en el alemán.

Existe pues, un derecho a la identidad personal; a la identidad sexual específicamente hablando; a la paternidad y a la maternidad. Pero también existe el derecho a conocer la paternidad y la maternidad reales, todo ello, como decíamos, con soluciones ya contempladas en las legislaciones citadas.

Evidentemente tales soluciones no se dan sin violentar un sinnúmero de "principios" sociales considerados como normas inalterables hasta hace no mucho tiempo. Sorteán escollos que incluyen la protección afectiva de los involucrados.

Con estos avances tecnológicos el derecho familiar se convulsiona desde sus cimientos, se ven involucradas y cuestionadas todas las instituciones que lo integran, desde el matrimonio hasta los alimentos, pasando, obviamente, por la filiación y la adopción.

Su artículo deriva en dos consideraciones muy acertadas que el legislador nacional —que hasta ahora no ha dado un solo paso para afrontar tales eventualidades— debería tener muy en cuenta.

Sostiene que la legislación sobre el fenómeno de la inseminación artificial debe tocar sólo los aspectos que efectivamente necesiten una normatividad. Afirma que la posibilidad de ir más allá conlleva el riesgo de crear categorías jurídicas discriminatorias tanto para los hijos como para los padres. En la situación actual, la doctrina y la jurisprudencia en ambos países está en posibilidades de ofrecer soluciones alternativas, aun para los casos más alejados de la "normalidad". Sin embargo, en un segundo momento se evidencia la exigencia de que la nueva legislación que vaya surgiendo contemple tanto la tutela del *nasciturus* como de los derechos fundamentales de la personalidad, evitando afirmaciones de principio y rigurosas que conlleven demasiada violencia para la sensibilidad social y abriendo el paso a soluciones flexibles cuya finalidad sea la legitimación de la búsqueda de caminos alternativos.

La tutela de ambos derechos, al mismo tiempo, no siempre es sencilla, eso es cierto; sin embargo, dice el autor, se debe luchar por ello teniendo siempre en mente que el derecho debe garantizar al sujeto el desarrollo de su personalidad en el ámbito de la más importante formación social: la familia.

Ante tales consideraciones debemos insistir para que la doctrina, la jurisprudencia y la legislación mexicana afronten decididamente la tarea de proporcionar soluciones factibles a estos casos. En nuestro país la inseminación artificial es ya una realidad —así como lo es el transexualismo—, ¿de qué sirve ignorarla?