

132
2Ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

FACULTAD DE DERECHO
SECRETARIA AUXILIAR DE
EXAMENES PROFESIONALES

**El derecho de familia y la concepción
humana artificial proyecto de
reformas al código civil**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A

Catalina del Castillo Correa

MEXICO 1988



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

	Pág.
Introducción	VI

CAPITULO PRIMERO

Concepción Humana Artificial

1. Consideraciones Generales	1
2. Diversos tipos de concepción humana artificial	10
2.1 Inseminación artificial	10
2.1.1 Inseminación artificial por esposo (IAE)	13
2.1.1.1 Indicaciones para su uso	14
2.1.1.2 Métodos empleados	18
2.1.2 Inseminación artificial por donante (IAD)	19
2.1.2.1 Objeciones	21
2.1.2.2 Indicaciones para su uso	25
2.1.2.3 Métodos empleados	26
2.1.3 Inseminación artificial combinada (IAC)	28
2.2 Fertilización in vitro (FIV)	29
2.2.1 Consideraciones Generales	29
2.2.2 Indicaciones para su uso	34
2.2.3 Métodos empleados	38
2.2.4 Objeciones	39
2.2.5 Problemas legales	42
2.3 Maternidad delegada o por contrato	45
2.3.1 Consideraciones generales	45
2.3.2 Madres subrogadas	47
2.3.2.1 Indicaciones para su uso	48
2.3.2.2 Objeciones	49
2.3.3 Madres gestantes sustitutas	49
2.3.3.1 Indicaciones para su uso	50

2.3.3.2 Objeciones	51
2.3.4 Transferencia de embriones subrogados (Lavado Uterino)	51
2.3.4.1 Indicaciones para su uso	52
2.3.4.2 Métodos empleados	53
2.3.4.3 Problemas legales	54
2.4 Esperma donado y la fertilización in vitro	58
2.4.1 Indicaciones para su uso	58
2.4.2 Objeciones	59
2.5 Esperma congelado	61
2.5.1 Indicaciones para su uso	63
2.5.2 Objeciones	64
2.6 Donación de óvulos y la fertilización in vitro	65
2.6.1 Indicaciones para su uso	66
2.6.2 Objeciones	67
2.7 Congelación de óvulos	68
2.7.1 Indicaciones para su uso	69
2.7.2 Objeciones	70
2.8 Embriones donados y la fertilización in vitro	71
2.8.1 Indicaciones para su uso	71
2.8.2 Objeciones	72
2.9 Criopreservación de embriones	73
2.9.1 Indicaciones para su uso	75
2.9.2 Objeciones	77
2.10 Consideraciones finales	78

CAPITULO SEGUNDO

Legislación Extranjera y Mexicana sobre Concepción Humana Artificial

1. Consideraciones Generales	83
2. Legislación Extranjera	85
2.1 Suecia	
2.1.1 Antecedentes	86

2.1.2	Inseminación artificial por esposo (IAE)	90
2.1.3	Inseminación artificial por donante (IAD)	91
2.1.4	Propuestas sobre la fertilización in vitro y sobre la maternidad alquilada	97
2.2	Inglaterra	
2.2.1	Antecedentes	100
2.2.2	Tratamiento de la infertilidad	102
2.2.3	Embriones humanos e investigación	106
2.2.4	Organismo Legal Regulador	108
2.2.5	Recomendaciones específicas	109
2.2.6	Informes minoritarios	117
2.3	Francia	118
2.4	Estados Unidos de Norteamérica	
2.4.1	Antecedentes	120
2.4.2	La Ley Americana y las nuevas técnicas de reproducción	123
2.4.2.1	Leyes, Jurisprudencia y Reglamentos que afectan la reproducción sin sexo	123
2.4.2.2	Investigación:	
	- Ambito federal	124
	- Ambito estatal	127
2.4.2.3	Requisitos legales para la práctica clínica:	
	- Consentimiento informado	134
	- Reglamentación sobre métodos - específicos de reproducción médica asistida	136
2.4.2.4	Leyes que regulan las relaciones entre las partes:	
	- Inseminación artificial por donante (IAD)	139
	- Maternidad subrogada	143
	- Transferencia de embrión después del lavado uterino	145
	- Madres gestantes substitutas	146
2.4.2.5	Pagos a madres por contrato y donantes	147
2.4.3	Recomendaciones específicas	151
2.5	Australia	
2.5.1	Antecedentes	156
2.5.2	Recomendaciones específicas	158

2.6 México	
2.6.1 Aspectos constitucionales	165
2.6.2 Ley General de Salud	174
2.6.3 Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud	176

CAPITULO TERCERO

Desarrollo de algunas de las Instituciones en las que se fundamenta el Derecho de Familia

1.	Consideraciones Generales	181
2.	La Familia	183
	2.1 La Familia en la Historia	184
	2.2 La Familia en el derecho moderno	190
3.	Parentesco	
	3.1 El parentesco en Roma	203
	3.2 El parentesco en el Código Civil	204
4.	Matrimonio	
	4.1 El matrimonio en Roma	211
	4.2 El matrimonio en el Código Civil	214
	4.2.1 Efectos que produce el matrimonio	217
	4.2.1.1 Derecho de la libre procreación	218
	4.2.1.2 Cohabitación	219
	4.2.1.3 Débito carnal	220
	4.2.1.4 Ayuda mutua	221
	4.2.1.5 Fidelidad	221
	4.2.1.6 Igualdad jurídica entre los cónyuges	223
5.	Filiación	
	5.1 La filiación en Roma	225
	5.2 La filiación en el Código Civil	227
	5.2.1 Filiación legítima	231
	5.2.2 Filiación natural	234
	5.2.3 Filiación civil o adoptiva	236
6.	Adopción	
	6.1 La adopción en Roma	240
	6.2 La adopción en el Código Civil	244

7.	Sucesiones	
7.1	La Sucesión en Roma	250
7.1.1	Sistema de las XII Tablas	252
7.1.2	Sistema del Derecho Honorario o Pretorio	253
7.1.3	Reformas del Derecho Imperial	255
7.2	Las Sucesiones en el Código Civil	259
7.2.1	Consideraciones Generales	259
7.2.2	Sucesión testamentaria	262
7.2.3	Sucesión Legítima o Ab-intestato	268

CAPITULO CUARTO

Fundamentos Legales para la Implementación de Reformas al Código Civil vigente en el Distrito Federal

1.	Consideraciones Generales	275
2.	Técnicas específicas de reproducción artificial	280
2.1	Inseminación artificial por esposo (IAE)	281
2.2	Inseminación artificial por donante (IAD) embriones y óvulos donados	282
2.3	Fertilización in vitro y transferencia de embrión (FIV/TE)	284
2.3.1	Estado legal del embrión extracorporal	285
2.4	Maternidad gestante substituta	290
2.4.1	Contratos de maternidad delegada	291
2.4.2	Determinación de la paternidad	307
2.5	Maternidad subrogada	309
2.6	Transferencia de embrión subrogado	312
2.7	Embriones congelados	313
3.	La Familia	315

CAPITULO QUINTO

Proyecto de Reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal

Proyecto de Reformas	317
Apéndice	348
Bibliografía	360

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

La concepción humana artificial ha venido a crear la expectativa de procreación en parejas estériles; asimismo, en virtud de los múltiples nacimientos que se han logrado a través de estos métodos se han presentado diversos problemas legales sin aparente solución jurídica en los cuerpos de leyes que actualmente rigen al derecho de familia, pues los conceptos legales tradicionales han quedado atrás ante los avances de la ciencia médica, impactando y desquebrajando los supuestos reales y jurídicos que les dieron origen.

La razón de este trabajo obedece a la inquietud que en lo personal y en el medio jurídico se siente de la necesidad de reglamentar, entre otras cuestiones, los derechos y obligaciones parentales de las parejas infértiles que hacen uso de los métodos de reproducción médica asistida, incluyendo a los donadores y madres substitutas y, principalmente de dilucidar el estado legal del hijo nacido como resultado de las modernas técnicas de reproducción terapéutica así como determinar los derechos, si los tiene, del concebido en forma extracórporea y tratar de encontrar un balance entre estos derechos e intereses.

Se puede pensar que tal vez sea prematuro intentar dar respuesta a todas las preguntas ya que en su mayoría estas técnicas no han sido suficientemente debatidas pero, como se demostrará, los problemas originados no pueden quedar circunscritos al campo de los especialistas en infertilidad; es necesario fijar lineamientos y crear nuevas leyes que protejan a las partes que intervienen y, muy especialmente para proteger al niño en potencia.

De acuerdo con lo anterior, en esta tesis se presenta una serie de reformas y adiciones al Código Civil vigente en el Distrito Federal, con el fin de adecuarlo integralmente al desarrollo científico actual.

Para lograr este objetivo, en el presente trabajo se abordan las peculiaridades y variaciones de las dos técnicas de reproducción terapéutica hasta ahora conocidas (la inseminación artificial y la fertilización in vitro, una más antigua y la otra más revolucionada, pero todo procede de ellas: niños de probeta, congelación de gametos, trasplante de embrión, madre substituta, etc.) desde su punto de vista médico aunque tal enfoque no pretende hacerse de manera exhaustiva por ser éste un trabajo jurídico y así los datos extraídos de la ciencia médica sirven para partir de los hechos reales para

crear la normatividad que ha de regular estas situaciones.

Asimismo, se han tomado muy en cuenta tanto la legislación, cuando la hay, como las recomendaciones que han formulado las diversas comisiones interdisciplinarias que se han abocado al estudio de estos procedimientos en diversos países con el fin de otorgarles validez legal en su práctica y en su desarrollo. En este mismo tenor, se analiza someramente el fundamento legal de la reproducción artificial en nuestro país y que tiene especial significación para este estudio. EL TENER HIJOS NO ES UN DERECHO HUMANO INCONDICIONAL Y ESTAS ACTIVIDADES SOLO DEBERAN SER PERMITIDAS EN EL SUPUESTO DE QUE SE DEN LAS CONDICIONES NECESARIAS PARA QUE EL NIÑO PUEDA CRECER EN SITUACIONES FAVORABLES.

Para poder determinar en qué grado han sido afectadas por la reproducción terapéutica las nociones positivas actuales del derecho de familia se hace un breve análisis sobre algunos de los conceptos que lo conforman para, enseguida, elaborar una pequeña exposición razonada que apoya las modificaciones propuestas y en la que se incluye, aún cuando no es materia de este trabajo, un somero estudio sobre los elementos de existencia y requisitos de validez de los contratos para poder determinar si éstos son o no legales en nuestro país.

Es pertinente mencionar que a propósito se ha omitido referirse a la clonación por considerar que la misma no se trata de un medio de concepción artificial, sino de un proceso reproductivo de tipo asexual que por el momento no tiene factibilidad práctica en los humanos.

No se ha querido concluir este trabajo a la manera tradicional de hacer un enlistado resumiendo los puntos de vista que se proponen; la culminación de este estudio consiste en combinar todas las notas teóricas expresadas para redactar un Proyecto de Reformas al Código Civil vigente en el Distrito Federal, con la esperanza de que un futuro próximo se pueda contar en México con una legislación de esta naturaleza.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPCION HUMANA ARTIFICIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tras muchos años de investigación tratando de descubrir mejores métodos para limitar el potencial de la reproducción humana, ahora el empeño de la ciencia está en conseguir hijos sin necesidad de contacto sexual, es decir, por medios artificiales, artificialidad que consiste en la abstinencia sexual del marido o de la esposa y la presencia de un donador o de una donadora, cuyas células sexuales son depositadas en las proximidades del óvulo femenino, en el cuello vaginal o incluso en la propia matriz, mediante la ayuda de jeringas o catéteres adecuados. Bien podemos decir que la artificialidad consiste en lograr nacimientos humanos en condiciones adversas (in vitro o en forma extracorpórea en un laboratorio) o, mediante la ayuda de jeringas o catéteres. Nuestra legislación vigente hace alusión a este concepto de artificialidad en el artículo 466 de la Ley General de Salud.

Los nuevos procedimientos en medicina reproductiva dan lugar a numerosas preguntas médicas, éticas y legales. Al-

gunas de estas cuestiones han sido discutidas ampliamente en la literatura científica así como en la prensa popular. Debido a reportes sensacionalistas, ha sido difícil para el público en general formarse una opinión objetiva y tiene la impresión de que el progreso en la investigación, especialmente en el área de la reproducción humana, puede conducir solamente a experimentos grotescos que hacen recordar la fantástica historia del doctor Frankenstein o a los terribles experimentos nazis. Para aclarar esta incertidumbre y garantizar una aplicación aceptable de las nuevas técnicas, es necesario establecer ciertas normas. Algunos gobiernos han nombrado Comités para tratar los problemas bioéticos y legales relacionados con los nuevos avances científicos. (Francia, Inglaterra, Suecia, Australia).

Esta serie de investigaciones en el campo de la biología de la reproducción giran en torno al problema de la infertilidad, es decir, a la incapacidad de concebir, término elástico, ya que una pareja puede parecer no fértil durante un año o más y luego concebir.

También existe el concepto de subfertilidad, término que se utiliza para describir un reducido estado de fertilidad. En tales casos algún factor o factores tales como un re-

ducido número de espermatozoides (oligospermia) o el bloqueo de las trompas de falopio limitan las posibilidades para que se produzca la fecundación. Hay que resaltar que una cosa es la fecundación y otra la fertilidad humana. La fecundación humana se define como la capacidad biológica del hombre para reproducirse, mientras que la fertilidad se refiere al número de niños que se pueden procrear.

La resolución de los problemas de infertilidad tiene varios efectos importantes. Uno de ellos es que puede contribuir a mejorar la salud emotiva de muchas parejas. Los daños que puede causar son enormemente reales y angustiosos para quienes están afectados por este problema. No es de extrañar que personas con problemas de esterilidad sientan que han perdido la oportunidad de vivir la experiencia de la fecundación, el embarazo y el nacimiento: la posibilidad de compartir una parte de la creación de un individuo.

El no tener hijos es en algunos casos una fuente de tensión ya que se trata a las parejas sin hijos y, particularmente a las mujeres, de una manera absurda y sin tacto, lo que les hace más difícil aceptar su situación. No cualquier mujer es capaz de encontrar otra salida que su maternidad.

No existen estadísticas exactas sobre infertilidad, pero lo que es indudable es que existen muchas parejas sin hijos y no por su gusto. En la actualidad se calcula que un 15% de las parejas son infértiles. Muchos problemas que resultan de esta condición no son advertidos por otros; tampoco se habla de ellos ya que en una sociedad como la nuestra el acto de la procreación es todavía considerado tabú.

La concepción humana artificial, iniciada en el año de 1799, creando la expectativa de procreación en parejas estériles, adquiere un mayor auge en la segunda mitad del siglo XX. Desde que la primera niña de probeta del mundo nació en un hospital inglés el 25 de julio de 1978, se han llevado a cabo más de un millar de nacimientos como ese. Otro cuarto de millón de niños deben su existencia a la inseminación artificial en la que se utiliza esperma de hombres que no son los padres legales. (1). Hoy día es incluso posible crear un bebé normal con no menos de cinco progenitores, los cuales serían la mujer que da a luz al niño, dos los padres genéticos que proporcionarían el esperma y el óvulo que los médicos mezclan

(1) Spencer Reiss et al. "Making high-tech babies". Newsweek - March 18, 1985. pág. 42.

en una caja de petri y luego implantan como embrión viviente en la matriz de la madre sustituta; finalmente están los verdaderos padres, la pareja estéril que llevará al bebé a su casa y lo considerará suyo. (2).

Los múltiples nacimientos logrados a través de estos nuevos avances en medicina reproductiva originan diversos problemas legales sin aparente solución jurídica en los cuerpos de leyes que actualmente rigen el derecho de familia, pues los conceptos legales tradicionales han quedado atrás ante los avances de la ciencia médica, impactando los supuestos reales y jurídicos que les dieron origen.

El auge de la concepción artificial se debe también a que el procedimiento de la adopción es cada vez más complicado en todos los países, debido tanto a aspectos legales y burocráticos como a los programas de planificación familiar y en algunos países a la legalización del aborto, por lo que cada vez es menor el número de hijos y madres dispuestas a darlos en adopción.

(2) Sherman Elias, M. D. et al. "Social policy considerations in noncoital reproduction". JAMA. January 3, 1986. Volume 255. N° 1. Chicago, Illinois, U. S. A. pág. 62.

Algunos de los argumentos que se invocan para apoyar el uso de estos métodos son el deseo legítimo de la esposa que tiene un cónyuge estéril de experimentar el embarazo; la satisfacción de la pareja en tener un hijo en el que por lo menos está implícita la herencia materna y la posibilidad de que se establezca una relación más íntima entre la madre y su hijo, así como el hecho psicológico de que de esta manera se pueda ocultar la esterilidad ante la sociedad y asumir públicamente que el niño es de la pareja. Sin embargo, muchas personas, por razones morales y religiosas, se oponen a la reproducción artificial en cualquier caso. En la iglesia católica se ha agregado la prohibición de "procrear sin relaciones sexuales" a la antigua censura de "relaciones sexuales sin procreación". (3).

Es innegable que para emplear estos progresos de la medicina reproductiva la pareja debe encontrarse fuertemente motivada. Debe ser capaz de encarar el fracaso y enfrentarse a la experiencia de la infertilidad. Tal experiencia es particularmente traumática para los hombres estériles. En algunos ca-

(3) Spencer Reiss et al. Op. cit. pág. 43.

Los presiones de tratar y fracasar en tener un hijo han terminado por destruir el matrimonio.

Consideradas como una ayuda para un intento de procreación en las parejas cuya reproducción normal es impedida por una alteración sencilla, las nuevas prácticas para la fecundación pueden originar problemas cada vez más complejos, por lo que su evaluación deberá ser considerada en la legislación y actitudes morales y religiosas de la población local. No obstante, es necesario reflexionar también que el deseo de algunas parejas de tener un hijo puede ser mayor que el de adoptar una actitud consciente hacia las costumbres de la sociedad en la que vive.

También se debe considerar el aspecto psicológico y, en particular, la presión emocional de las parejas infértiles que buscan tratamiento así como la zozobra causada por lo prolongado del tratamiento. No cualquier pareja está calificada para tener hijos; un niño no debe ser usado como una terapia psicológica. Por eso, es importante incluir psicólogos en los equipos médicos que llevan a cabo las técnicas de reproducción.

Comparada con la física moderna y con la investigación sobre el cáncer, la reproducción artificial, en su nivel básico, es relativamente simple. Una técnica fundamental, la fecundación in vitro, implica sólo tomar un óvulo de una mujer y espermia de un hombre y hacer que esas entidades microscópicas se fusionen para formar un embrión viviente, que luego se implanta en una matriz. En esta operación el momento oportuno y una gran delicadeza quirúrgica son la clave. La inseminación artificial es aún más sencilla: el semen se inyecta en el útero en el momento de la ovulación. La técnica de transferir embriones de una donadora se ha utilizado recientemente en mujeres infértiles, incapaces de concebir un hijo de otra manera.

Las perspectivas científicas tienen por objeto resolver por medio de la FIV (fertilización in vitro) los problemas de algunas mujeres que no son capaces de llevar un embarazo a término por algún padecimiento que se agravaría con la gestación o por haber sufrido la histerectomía (ablación del útero). Es aquí donde nace el nuevo concepto de las "madres portadoras", "madres subrogadas", "madres sustitutas", "madres suplentes" y, que inclusive algunos se refieren ya al oficio de "paridoras".

Como se puede apreciar, se trata de nuevos medios al servicio del hombre, nuevas manifestaciones culturales, nuevos impulsos sociales, nuevos fenómenos de todo orden producidos por el continuo adelanto de la humanidad.

La influencia de todos estos fenómenos dentro del campo del Derecho es manifiesta, y sin embargo, en la ciencia jurídica siguen subsistentes los mismos esquemas jurídicos, las mismas instituciones, las mismas formas de expresar y aplicar el Derecho. La pregunta obligada es ¿hasta qué límite son aplicables o no los esquemas jurídicos tradicionales? Es una verdad que el legislador ha visto limitado su campo por el gran avance de las investigaciones científicas que día con día ensombrecen los clásicos moldes del Derecho Positivo.

Es claro que en un futuro no muy lejano el legislador tendrá que ingeniarse nuevas figuras jurídicas que estén acordes con el adelanto científico y, especialmente, en lo que se refiere a la Biología de la Reproducción y la manipulación genética, avances que han planteado profundos problemas éticos, legales, psicológicos y religiosos.

Todos estos experimentos que forman parte de una ciencia denominada Eugenesia, que se refiere al estudio de la

aplicación de las leyes biológicas al perfeccionamiento de la especie humana, proceden de sólo dos técnicas de laboratorio: una más sencilla, la otra más sofisticada, una más antigua y la otra más revolucionada, pero todo procede de ellas: la inseminación artificial y la fertilización in vitro (FIV).

En los siguientes apartados se explicarán las características y variaciones de uno y otro métodos de reproducción artificial por considerar que en su mayoría presentan interrogantes de relevancia en el campo del derecho de familia.

2. DIVERSOS TIPOS DE CONCEPCION HUMANA ARTIFICIAL

2.1 INSEMINACION ARTIFICIAL

La inseminación humana artificial, conocida desde hace más de ciento cincuenta años, consiste en la introducción por medios técnicos de espermatozoides obtenidos mediante masturbación, ya sea del esposo o de un donador cuya identidad generalmente permanece en el anonimato, en el interior de los órganos sexuales femeninos y, su objetivo es conseguir la concepción en aquellas parejas en las que o bien existen dificultades para mantener relaciones sexuales por cualquier tipo de

circunstancias o en las que aun cuando el coito se adecuado no se logra el embarazo. (Aun cuando es común referirse a la inseminación como "homóloga" cuando el esperma proviene del esposo o "heteróloga", cuando proviene de un donador, en este trabajo se tratará de evitar este último término toda vez que desde el punto de vista médico el referirse a la "inseminación heteróloga" puede implicar también una especie animal diferente, por ejemplo, mezcla de semen humano y hamster, pudiendo tal vez ser mejor referirse a ellas como "inseminación terapéutica por el esposo (ITE) e "inseminación terapéutica por donante" (ITD), términos propuestos por el Comité de Etica de la Sociedad Americana de Fertilidad de los E. U. A.)

El primer éxito reportado de inseminación artificial homóloga tuvo lugar en 1799. La primera inseminación artificial por donante se realizó en 1884 y en el siglo XIX sólo se reportan casos esporádicos; es hasta el siglo XX que este procedimiento llega a ser una parte integrante para el tratamiento de la infertilidad. (4).

(4) Langer G. et al. "Artificial insemination. A study of 156 - successful cases". International Journal of Fertility. Jul-Sept. 1969. Volumen 4. N° 3. pp. 232-240. Haifa, Israel. Printed in U.S.A.

Con el aumento en el estudio sobre los problemas de la infertilidad, especialmente de la infertilidad masculina, la frecuencia de la inseminación artificial, homóloga y por donante, es que ésta se ha desarrollado. En 1945 en Gran Bretaña se reportaron treinta y un casos de inseminación artificial por esposo y quince de inseminación artificial por donante. Se estima que en 1960 en Gran Bretaña ya había mil ciento cincuenta niños nacidos por inseminación artificial por donante y, en el mismo año, se calcula que en Estados Unidos había entre cinco y siete mil nacimientos anuales. (5)

La técnica es de lo más elemental. Se sitúa a la paciente en la posición de litotomía y se le inyecta, ordinariamente en el canal cervical, una pequeña cantidad del semen obtenido; el resto de la muestra se coloca en contacto con el cuello del útero en una cúpula cervical. Después de diez a quince minutos de reposo, la paciente puede reemprender sus actividades habituales con la indicación de remover la cúpula varias horas después de la inseminación. (6).

(5) Langer G. et al. Op. cit. p. 233

(6) Wallace C. Nunley, Jr., M. D. et al. "Homologous insemination - revisited". Am. J. Obst Gynecol. September 15, 1985. Charlottesville, Virginia, U.S.A. p. 202.

A pesar de que la técnica de la inseminación artificial parezca tan sencilla o tan elemental, no podrá calificársele como una pequeña maniobra o hacerle quedar clasificada entre las intervenciones denominadas de pequeña cirugía, ya que necesita verdaderamente la intervención de un médico. Los prolegómenos para apreciar la utilización terapéutica exigen el concurso del ginecólogo o del especialista en reproducción humana.

Además, el método de la inseminación artificial debe ser la última decisión que debe tomar la pareja después de haberse sometido a minuciosos y repetidos exámenes que indiquen algún problema anatómico o fisiológico que impida la fecundación, pero que puede clínicamente remediarse. De su resultado dependerá si es o no conveniente el empleo de la inseminación artificial, sin que sea necesario recurrir a los servicios de un donante.

2.1.1 INSEMINACION ARTIFICIAL POR EL ESPOSO

La inseminación artificial con espermatozoides del esposo ha sido empleada desde hace muchos años pero su porcentaje de éxito permanece incierto ya que, además de que a la fecha no se ha llevado un control que permita determinar su grado de

eficacia en comparación con el resultado que la pareja puede obtener por medios convencionales, la mayoría de ellas poseen sin tratamiento alguno un cierto potencial de fertilidad.

Sin embargo, en tanto no se demuestre que existen tratamientos disponibles más efectivos, este procedimiento, aunque de éxito variable, representa una posibilidad de embarazo para aquellas parejas consideradas subfértiles.

2.1.1.1 INDICACIONES PARA SU USO

Las causas físicas de infecundidad en las que se recomienda la inseminación artificial pueden tener su origen en el hombre (el 40%), en la mujer (entre el 40 y el 50%), o ser una combinación de problemas en ambos.

En el hombre, generalmente el problema es de espermatozoides; puede ser un problema de bajo conteo de espermatozoides (oligospermia), poca movilidad de los mismos (astenozoospermia) o, anomalías en su morfología (teratozoospermia); puede ser también un problema de irrigación sanguínea de los testículos o algún defecto en los conductos que conectan a los testículos con el exterior. Puede ser también

un problema de eyaculación, que hace que el hombre envíe su espermatozoide hacia adentro del cuerpo, en vez de hacia afuera y, también de hormonas en el cerebro; aunque la causa más corriente es la falta de conteo de espermatozoides, aproximadamente la mitad de las veces no existe explicación alguna para la infertilidad. (7).

Otro tipo de esterilidad masculina es consecuencia de la vasectomía, procedimiento de esterilización que consiste en seccionar y ligar bajo anestesia el canal deferente de cada testículo. A pesar de que una vasectomía reversible tiene éxito frecuentemente, en términos quirúrgicos, la calidad del espermatozoide no siempre es satisfactoria después de la reversión. Por este motivo, los hombres que han sido esterilizados deben ser informados de que la reversión puede no tener éxito, por lo que es conveniente que antes de someterse a la vasectomía reflexionen acerca de la posibilidad de proceder a la congelación del semen. (8).

(7) The Ethics Committee of the American Fertility Society. "Ethical considerations of the new reproductive technologies". Fertility and Sterility. Supplement 1. September 1985. Volume 46. N° 3. p. 345.

(8) Wood Carl y Westmore Ann citados por Moisés Martínez. "La inseminación artificial humana como delito". Tesis profesional. Escuela Libre de Derecho. México 1986.

Se sabe más sobre las causas de la infertilidad femenina, y su tratamiento tiene éxito con mayor frecuencia del que se obtiene con los hombres.

Las razones de infertilidad en la mujer pueden ser mucosa demasiado densa en el cuello del útero, malformación de la matriz y alteraciones del endometrio; puede existir el llamado defecto de la fase lútea, que consiste en que el útero no puede retener el óvulo fertilizado; puede existir un bloqueo en las trompas que impida que el óvulo baje o los espermatozoides suban o, el problema puede estar localizado en las terminales de las trompas de falopio. El problema puede ser de índole hormonal: los ovarios no producen buenos óvulos o no los expulsan. Algo muy común es que exista tejido cicatricial, a consecuencia de una intervención quirúrgica o una infección que esté inmovilizando las trompas y los ovarios, al fijarlos a las paredes de la pelvis. La endometriosis también puede ser un obstáculo de consideración, pero ésta se puede curar con tratamientos hormonales y, en última instancia, con cirugía. (9).

(9) Wallace C. Nunley, Jr. M. D. et al. Op. cit. pags. 201-202.

En fin, el problema de la infertilidad puede tener su origen en cualquier parte del sistema del hombre o la mujer, por lo que es fundamental el diagnóstico adecuado, ya que de él depende la decisión del tratamiento a seguir, toda vez que en el hombre se puede mejorar el conteo de espermatozoides con ciertos medicamentos; aunque es raro, a veces se recurre a la cirugía, como por ejemplo, para reparar una vena inflamada que va a los testículos, problema conocido como varicocele; o se puede trabajar con el esperma fuera del organismo del hombre ya que hay mayores posibilidades de actuar sobre el semen en el exterior del cuerpo humano; existen medios de cultivo, soluciones nutritivas, en que se coloca a los espermatozoides para mejorar su motilidad y, por tanto, para penetrar el óvulo. Una vez tratado el esperma, se coloca directamente en el útero o en la vagina de la mujer.

En la mujer, hay mayor cantidad de áreas a evaluar y, también existe mayor cantidad de tratamientos a aplicar. Se puede mejorar la mucosa del cervix por medio de técnicas variadas, practicar una perforación en la misma y, si no se logra que los espermatozoides atraviesen por sí solos ese obstá-

culo, se puede utilizar la inseminación intrauterina, a partir del espermatozoides del marido. Existen muchos medicamentos con los cuales se puede inducir la ovulación así como técnicas de cirugía para mejorar notablemente las probabilidades de embarazo.

2.1.1.2. METODOS EMPLEADOS

Las técnicas más usadas para la inseminación artificial por esposo (IAE) son la inseminación vaginal (cervicovaginal o intravaginal), la intracervical y la intrauterina y aunque no se ha demostrado que alguna represente un mayor margen de éxito últimamente se ha prestado más atención a la intrauterina.

En la inseminación cervicovaginal, después de exponer el cervix con un espéculo, una pequeña parte del semen es inyectado en la mucosidad dentro del canal cervical y el remanente es depositado en contacto con el cervix; en la inseminación intravaginal, todo el semen es inyectado en la válvula vaginal sin necesidad de exponer el cervix; la inseminación intracervical es usada en algunos casos de estenosis. Se inserta una cánula a la mitad del canal cervi-

cal y el semen es inyectado despacio para evitar que llegue al útero; y, por último, la inseminación intrauterina que es usada cuando la mucosidad endocervical es impermeable al espermatozoide. (10).

Naturalmente la inseminación debe realizarse lo más cercano posible al período de la ovulación y toda vez que no es posible determinar el momento preciso de ésta, es conveniente realizar varias inseminaciones en el mismo mes con el propósito de aumentar su porcentaje de éxito.

Toda vez que en el empleo de esta técnica se utilizan los gametos propios de la pareja, no existe problema alguno para determinar la paternidad; el hijo así nacido es hijo de matrimonio.

2.1.2. INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE

La inseminación artificial se desarrolló en primer término para lograr que un matrimonio tuviera hijos. Conseguir

(10) G. Langer, M. D. et al. Op. cit. pág. 233.

que una mujer tenga un hijo es también lo que se pretende, incluso cuando se emplean donantes distintos del marido.

Muchos de los tratamientos para aliviar la infertilidad masculina son relativamente ineficaces. A los hombres con problemas de producción de esperma se les puede ofrecer la inseminación artificial de su esposa por medio de un donante (AID) y, aunque este método de fecundación no es el ideal, ofrece a las parejas que desean tener una familia además de la oportunidad de usar la dotación genética de la esposa y una situación en las que las características físicas del donante (complexión, color de ojos, color del cabello) pueden igualarse a las del marido así como prevenir la transmisión de alteraciones genéticas detectadas, ofrece la ventaja de ser un método efectivo para tratar la infertilidad masculina ya que su porcentaje de éxito reportado es entre un cincuenta y cinco y un setenta y ocho por ciento aunque es evidente que en estas cifras influyen la calidad del semen, la técnica usada, los meses de tratamiento y el número de mujeres subfértiles tratadas en cada grupo. Este índice de embarazos es similar a los que tendrían lugar en las parejas normalmente fértiles. (11).

(11) G. Langer, M. D. et al. Op. cit. pág. 234.

2.1.2.1 OBJECIONES

Sus desventajas son el costo del servicio, los posibles daños psicológicos para la descendencia y la creación de nuevos problemas legales, éticos, religiosos y médicos, muchos de los cuales permanecen todavía sin respuesta.

Son muchas las facetas que presentan los problemas éticos y religiosos y los médicos deben estar conscientes de las implicaciones y aspectos éticos originados por la investigación y sus trabajos clínicos. (En la práctica institucional - es un requisito tener la aprobación de un Comité de Ética).

El hecho de que el semen para la IAD sea invariablemente obtenido por masturbación es una fuente de preocupación religiosa. La IAD también puede causar problemas éticos debido a la participación de un tercero (el donante) dentro de la relación matrimonial. Estos problemas potenciales (v.g creación de relaciones adversas dentro del matrimonio debido al uso de esperma de un extraño o probable forma de adulterio) deberán ser discutidas por la pareja antes de iniciar la IAD con el objeto de evitar problemas, cuando ya se haya logrado el embarazo.

Otros problemas éticos incluyen el pago a los donantes; Se les deberá pagar algún honorario? Es posible que por obtener el pago, el donante pueda ocultar información (v. g. que es portador de una enfermedad congénita) y para evitar esta situación es recomendable que la donación sea siempre de carácter altruista.

La selección y el anonimato del donante se dejan normalmente al médico que realiza la IAD y aquí surgen nuevamente problemas éticos; ¿Se le debe decir al niño cuál es su origen? Tiene ese niño el derecho a conocer la identidad de su padre genético?

Los aspectos legales de la IAD son confusos, ya que no existen leyes y muy poca jurisprudencia. Un niño nacido por AID puede ser declarado ilegítimo pero un niño nacido de matrimonio se presume legítimo. Aquí pueden surgir confusiones o situaciones desfavorables para el niño nacido por IAD, por ejemplo, en relación con sus derechos hereditarios o su posición en caso de disolución del matrimonio.

El registro del nacimiento del niño presenta también problemas. El esposo no puede ostentarse como el padre

sin cometer un delito, por lo que es necesario reformar la ley. En fin. la IAD puede originar muchos otros problemas de tipo legal y, aunque la mayoría de ellos son teóricos o potenciales, se debe pensar muy seriamente en el estado legal del niño nacido por IAD. La intervención del legislador puede evitar que estos niños estén en desventaja en nuestra sociedad.

En cuanto a la inseguridad que surge al introducir gametos de terceras partes dentro de la unión marital, en primer lugar se debe considerar que existe la posibilidad de que puedan originarse problemas psicológicos en el esposo, en la esposa y/o en el donante, ya sea que éste permanezca anónimo o no, así como el riesgo de que se transmitan enfermedades genéticas o infecciosas por el empleo del semen donado, a pesar de los rigurosos exámenes médicos a que debe ser sometido el donante del esperma. (12).

Para tratar de evitar lo anterior son necesarios una evaluación y consejos psicológicos. Cada pareja debe ser entrevistada para conocer su actitud frente a la IAD, discu -

(12) D. G. Allen et al. "Artificial Insemination by Donor at - Groote Schurr Hospital". SAMJ. Volume 63. February 23, 1985. Cape Town. pág. 286.

tiendo los aspectos sociales, emocionales y médicos. Estas entrevistas deben tranquilizar a la pareja permitiéndoles aceptar sus propios problemas de infertilidad sin permitir que un embarazo les afecte más. Su estabilidad psicológica y marital debe ser evaluada también y, el procedimiento de la inseminación discutido. Antes de iniciar la terapia, la pareja debe otorgar su consentimiento informado.

Adicionalmente, existe la posibilidad de que se originen relaciones incestuosas o casamientos entre hermanos en caso de hacer uso excesivo de un mismo donador, problema que se puede eliminar si se lleva un estricto registro de inseminaciones y nacimientos obtenidos, limitando al mismo tiempo el número de donaciones de cada donador.

Un problema aparte, principalmente psicológico, es el que se puede causar en el niño nacido como consecuencia de la IAD así como su efecto en las relaciones interfamiliares. Esto incluye la posibilidad de que se creen relaciones interpersonales adversas a largo plazo debido a la necesidad de mantener en secreto el origen del niño. Alternativamente, tam-

bién puede haber daño psicológico en el niño si éste sabe, por accidente, su origen.

A pesar de lo anterior y el reconocimiento de que la infertilidad en el hombre es de difícil tratamiento y, los problemas que existen para adoptar un niño, el uso de la inseminación artificial por donante (IAD) se ha incrementado.

2.1.2.2 INDICACIONES PARA SU USO

Los problemas relativos a la producción de espermatozoides y el cervix, incluyendo anticuerpos femeninos al espermatozoides pueden ser tratados con éxito con la IAD. Para que la fertilización y posterior implantación se realicen son necesarias una producción y motilidad normal del espermatozoides en el varón y una mucosidad cervical adecuada en la mujer, que pueda actuar como un medio de transporte y depósito del espermatozoides.

La IAD presenta varios aspectos de tipo genético y es una alternativa para las parejas que enfrentan un alto riesgo de que el esposo transmita a su descendencia alteraciones hereditarias (mal de Huttintong, hemofilia, afecciones

cromosómicas) o genéticas producidas por enfermedad, exposición a radiaciones, quimioterapia, etc. (13).

Otras indicaciones para su uso se deben a infertilidad masculina causada por azoospermia (ausencia de espermatozoides) irreversible; esterilidad secundaria originada por una vasectomía que no se desea modificar con cirugía o esta no tuvo éxito o bien, porque existen en el semen anomalías que no pueden ser corregidas con el tratamiento médico adecuado. (14)

2.1.2.3 METODOS EMPLEADOS

La inseminación artificial por donante además de que puede ser la mejor solución para superar la incapacidad de la pareja infértil para tener su propia descendencia, aunque combinada, ofrece a la pareja la experiencia de la paternidad

(13) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 365.

(14) Idem.

y, la literatura disponible, si bien es escasa, no indica ningún aumento en los riesgos psicológicos debido a su uso.

Para la aplicación de esta técnica, se selecciona semen de donantes anónimos, los que, si es posible, se equiparan con la pareja receptora en lo que respecta a características físicas, v. g. altura y color. Se utiliza el mismo procedimiento para inyectar el semen que para la IAE y su éxito, aunque alto, también es variable. Por razones psicológicas y con el propósito de proteger al matrimonio el donador permanece anónimo para la pareja, dejándose su designación ordinariamente al criterio del médico, ya que es importante que éste proceda a un examen previo de la salud general y de las cualidades genéticas del hombre llamado a desempeñar su papel de "donador", quien es sometido a encuestas preparatorias mucho más serias que las que constituyen un examen prenupcial legal. Debe estudiarse igualmente al dador desde el punto de vista de sus antecedentes físicos y mentales para asegurarse de que goza de buena salud y de que se encuentre libre de toda tara transmisible; algunos aconsejan no aceptar individuos mayores de 50 años de edad (para eliminar el riesgo de las psicosis hereditarias, la mayoría de las cuales se desarrollan antes de esta edad). El expediente del donador debe mencionar también sus características morfológicas y raciales, así, al

practicar inseminación se escoge el espermatozoides del donador que tiene mayor parecido con el del padre legal.

Para finalizar, es necesario mencionar que aún cuando el uso de semen donado para tratar parejas infértiles se remonta al siglo XIX, es hasta la última parte de la década de los sesenta que su uso se extendió, debiéndose este retraso, en parte, a la opinión pública y a la incertidumbre de saber quién es el padre legal, si el donante o el esposo que consiente en que su esposa sea fecundada artificialmente.

2.1.3 INSEMINACION ARTIFICIAL COMBINADA (IAC)

Esta técnica es empleada cuando el potencial de fertilización del esposo es desconocido o sospechoso y, consiste en utilizar semen donado para aumentar la posibilidad de un embarazo. El semen del esposo es usado para una primera inseminación y, si la fertilización no ocurre dentro de las doce o dieciocho horas siguientes, el semen donado es utilizado en un segundo intento para lograr la fertilización del óvulo.

Las objeciones que se pueden formular al uso del semen donado ya han sido señaladas en el apartado anterior, pero las mayores reservas que existen para el uso de la inseminación artificial combinada (IAC) consisten, por un lado, en que esta práctica puede interferir con la capacidad de fertilización del esperma donado y, por otro, la dificultad que existe para determinar la paternidad. Además, debido a la gran importancia de este punto así como el interés que existe en el desarrollo del niño y el bienestar de la familia, este método ha sido declarado ilegal en todos los países en los que se realiza la inseminación artificial, por lo que no se considera necesario hacer mayores consideraciones al respecto.

2.2. FERTILIZACION IN VITRO

(FIV)

2.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En años recientes muchas parejas con problemas de esterilidad han concebido nuevas esperanzas siguiendo el desarrollo de lo que se ha denominado popularmente como "el procedimiento del bebé de probeta", cuyo nombre científico es "fertilización in vitro" (en tubo) o "fertilización extracorpórea".

El término fertilización in vitro (FIV) es usado para referirse al procedimiento como tal, sin ninguna de sus posibles variantes (i.e. donación de semen, donación de óvulos, maternidad substituta, etc.) o acompañamientos (i.e. experimentos en el embrión). Por lo tanto, sirve para referirse al procedimiento de FIV (de gametos obtenidos del esposo y de la esposa) con transferencia de embrión, como un substituto de la fertilización tubal e implantación natural. (15).

La fertilización extracorpórea de óvulos humanos y la transferencia de embriones, técnicas actualmente aceptadas - que son ofrecidas a parejas infértiles en casi todo el mundo, - fueron reportadas por primera vez hace más de veinte años.

Desde entonces, han habido más y más reportes de fertilización in vitro llevada a cabo con éxito en Europa, Australia, Estados Unidos y otros países. El aumento en su uso se ha incrementado después del primer nacimiento logrado en un hospital inglés en 1978. Aunque el porcentaje varía, se esti-

(15) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 325.

ma en un 25% el número de embarazos logrados por ciclo de tratamiento.

Este procedimiento, que hasta hace poco tiempo se llevaba a cabo en la oscuridad del útero materno de los mamíferos, incluyendo a los humanos y otros primates, ahora puede ser llevado a cabo en forma extracorpórea. Los desarrollos recientes demuestran que la fertilización externa, fenómeno bien conocido en los peces y, que ahora es aplicado como un tratamiento rutinario para ayudar a parejas infértiles, consiste en la fusión de un óvulo humano removido instrumentalmente, con un espermatozoide en un plato de cultivo. Así, la implantación transvaginal del embrión en desarrollo dentro de la cavidad uterina, es llamada transferencia de embrión (TE) o reemplazo de embrión (RE), nuevos procedimientos de la medicina reproductiva que dan lugar a numerosas preguntas médicas, éticas y legales. (16).

La fertilización in vitro (FIV), el reemplazo de embrión (RE) y la transferencia de embrión (TE) son definidos

(16) HJ. Mueller. "Human in vitro fertilization and embryo transfer: expectations and concerns". Experientia. N° 41. Switzerland 1985. pág. 1515.

por el Comité de Ética del Colegio Real de Obstetras y Ginecólogos de Londres, Inglaterra, como sigue:

"La fertilización in vitro en humanos y otras especies es el proceso por el cual un ovocito o un óvulo recuperado del ovario por laparoscopia (o rara vez en otras formas) es fertilizado por el espermatozoides en el laboratorio. El cigoto resultante o embrión preimplantado puede ser colocado dentro del útero de la madre donante o de otra mujer, o puede ser usado para investigación... Actualmente en relación con la FIV el término "reemplazo de embrión" se usa cuando el embrión es regresado a la madre donante y "transferencia de embrión" cuando éste es implantado en una receptora diferente de la donante del óvulo." (17).

En la actualidad, la fertilización in vitro (FIV) y la transferencia de embrión (TE) pueden ser vistos como una ayuda o una extensión del proceso normal de reproducción con el fin de dar nacimiento a un niño. Si esta comparación no puede ser aceptada por todos, queda el hecho de que en la naturaleza, aún en los vertebrados (incluyendo anfibios y reptiles) usualmente los gametos se encuentran fuera de los cuerpos de los padres.

(17) Brahams, Diane. Barrister at Law. "In vitro fertilization and related research. Why Parliament must legislate". The Lancet. September 24, 1983. London, England. pág. 726.

El riesgo físico de la madre, asociado con repetidas laparoscopias (procedimiento quirúrgico que permite la inspección del aparato genito-urinario) y aún con laparotomías (operación que consiste en abrir la paredes abdominales y el peritoneo) bajo anestesia es pequeño. En relación con la salud del niño debe tenerse en mente que la frecuencia natural de pérdida de los embriones y de los fetos es alta. Esta pérdida es debida, por un lado, a factores genéticos (por ejemplo, anomalías cromosómicas en el embrión) y por otro lado, a los frecuentes problemas en el aparato reproductor de la madre. La calidad genética de los embriones producidos in vivo o in vitro depende de la calidad de los gametos que se encuentran en la concepción. Ya que la normalidad de los gametos no puede ser comprobada, es inevitable que una proporción de embriones genéticamente anormales también serán producidos in vitro y transferidos a la madre.

Todavía no pueden realizarse pruebas genéticas confiables en el embrión con la seguridad de que éste no será dañado. Sin embargo, sobre la base de la poca experiencia que existe y de experimentos en animales, se puede decir que el peligro de un aumento en la incidencia de defectos genéticos no es alto, si es que existe.

Hasta el año de 1983, de ciento treinta niños nacidos como consecuencia de la FIV, ochenta de los cuales nacieron en el Reino Unido, solamente hubo un nacimiento anormal, aunque tres embarazos que terminaron en aborto eran fetos anormales también. En la realidad, la FIV es una labor extremadamente intensa y su porcentaje de éxito, en términos de embarazos clínicos varía, entre un 10 y un 25%; el procedimiento es costoso pero menor en relación con las técnicas de microcirugía para corregir problemas en las trompas de falopio, que reportan tener entre un 10 y un 15% de éxito.

Mayores problemas pueden resultar del hecho de que los gametos y el embrión no están protegidos por los cuerpos de los padres, o más bien, por el de la madre y, pueden ser objeto de manipulación. El número de óvulos que pueden ser obtenidos por ciclo no puede ser comprobado exactamente y su capacidad de fertilización no puede ser determinada por adelantado.

Consecuentemente, los programas de FIV/TE producirán inevitablemente embriones que no puedan ser transferidos a la madre. Ciertamente una de las tareas más urgentes es tomar medidas para prevenir el abuso de embriones sobrantes.

2.2.2 INDICACIONES PARA SU USO

La fertilización in vitro es empleada comúnmente en los casos en los que las trompas de falopio están obstruidas o dañadas o porque el varón sufre de oligospermia. Cuando se utilizan los óvulos y el esperma propios del matrimonio no plantea serios problemas legales, pero son casi ilimitadas las posibilidades de extenderse a aplicaciones jurídicamente más complicadas. Por ejemplo, a través de la inseminación artificial, con un tercero como donador, en los casos de esterilidad masculina, pueden nacer bebés de padres genéticos que no se conocen. Se puede decir que las posibilidades están limitadas únicamente por la imaginación.

La justificación para el empleo de la fertilización in vitro y transferencia de embrión son los niños nacidos como resultado de su uso, por lo que es necesario distinguir entre padres genéticos, gestantes y "sociales", a efecto de determinar derechos y responsabilidades, ya que ahora es posible para un niño tener cinco "padres": un padre genético y un padre "social" y, una madre genética, una gestante y una "social".

La primera razón para aconsejar el uso de la FI¹ es el fracaso de la terapia convencional para lograr un embarazo en la pareja infértil. La causa más frecuente de infertilidad femenina es la enfermedad o lesión de las trompas de falopio. Cualquier cicatriz o lesión en el delicado revestimiento de las trompas de falopio puede afectar el paso de los espermatozoides, del óvulo o del embrión, haciendo imposible el embarazo. Otra causa importante de infertilidad femenina tiene su origen en el trastorno de las hormonas reproductoras femeninas. La ovulación depende de la interacción de las hormonas del ovario y de la glándula pituitaria. Si ésta produce cantidades inadecuadas o excesivas de las hormonas pertinentes, o los ovarios no responden adecuadamente, puede verse afectada la fertilidad. (18).

La infertilidad femenina puede ser también el resultado de una endometriosis, que tiene lugar cuando el tejido que reviste la cavidad del útero (el endometrio) se desarrolla en distintos órganos en la pelvis. Los lugares más corrientes de migración del tejido endometrial son los ovarios, detrás del

(18) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. págs. 325-335.

útero y, en el interior de las trompas de falopio, bloqueando el paso del espermatozoides o de los óvulos en el interior de las trompas. (19).

Otras causas de infertilidad se dan en las mujeres con fibromas (tumores esféricos en el útero) que en ocasiones provocan la esterilidad al bloquear las trompas al crecer en el endometrio, o impiden la implantación del óvulo y, las lesiones del cuello del útero, dando lugar a abortos espontáneos antes de las doce semanas de embarazo. (20).

Otras indicaciones para el uso de la FIV provienen de factores masculinos. La pareja de un hombre con oligospermia puede ser también una candidata para la FIV.

Asimismo, su uso es indicado cuando cualquiera de los miembros de la pareja presentan desórdenes inmunológicos que no han podido ser corregidos con la terapia convencional así como en parejas con diagnóstico de infertilidad inexplicable o idiopática.

(19) Idem.

(20) Idem.

2.2.3 METODOS EMPLEADOS

La mayoría de los centros de FIV usan la estimulación ovárica para producir múltiples óvulos debido a que los porcentajes de embarazo son mayores si se transfiere más de un embrión. En el momento apropiado, la recuperación del ovocito se lleva a cabo, ya sea por laparoscopia y aspiración del folículo o mediante minilaparotomía. Las condiciones de laboratorio para el cultivo de los óvulos y espermatozoides han sido afinados en los últimos años; éstos son coincubados por un periodo aproximado de 12 a 18 horas para que la fertilización pueda ocurrir; entonces, después de 48 a 72 horas adicionales el (los) embrión (es) resultante (s) es (son) transferido (s) a la cavidad uterina a través de un pequeño catéter colocado transcervicalmente. La implantación del embrión deberá empezar en los siguientes dos o tres días y, la detección del embarazo deberá ser posible dentro de las dos semanas siguientes a la transferencia. Los porcentajes de éxito han aumentado desde el primer nacimiento en 1978 y desde entonces se han llevado a cabo más de un millar de nacimientos como ese. Actualmente el porcentaje de éxito varía pero, se ha reportado que es mayor del 25% por ciclo de tratamiento. (21).

(21) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit.

Los factores más importantes que contribuyen a este éxito son el establecimiento de criterios específicos para la selección de pacientes, un apego rígido a los protocolos clínicos y de laboratorio y a un estricto control de calidad. Así, la fertilización in vitro (FIV) y la transferencia de embrión (TE) se han convertido en formas bien establecidas para tratamiento de la esterilidad humana durante los últimos años.

Nuestro país no se ha quedado al margen de estos adelantos científicos. En la actualidad en diversas instituciones, tanto públicas como privadas, se están llevando a cabo las primeras fertilizaciones in vitro (FIV) existiendo muchas probabilidades de lograr el embarazo artificial, basándose en las mismas técnicas utilizadas en otros países.

2.2.4 OBJECIONES

Además de que no son aconsejables más de tres trasplantes de embriones debido a los riesgos obstétricos asociados con embarazos múltiples, han surgido algunas objeciones en contra del procedimiento, entre ellas se encuentran las siguientes:

La primera aduce que separa la procreación de la unión sexual, dar una vida de hacer el amor. El supuesto de la objeción es que, para el bien del niño y de la pareja, aquél debe ser concebido en un acto de amor. Sin embargo, se puede decir que este criterio está basado en una opinión excesivamente biológica de lo que moralmente es bueno o malo. La FIV no es un sustituto de la intimidad sexual, sino una extensión de ésta y, por lo tanto, no supone una separación radical entre la procreación y la intimidad sexual.

Otra objeción es de carácter especulativo. Se argumenta que este procedimiento implica la posibilidad de crear niños deformes o retrasados y, por lo tanto, es un procedimiento inmoral ya que expone a otros a riesgos potenciales sin su consentimiento; que es un procedimiento para beneficiar a los padres, con riesgos para el niño. Al respecto se puede decir que estos riesgos son similares a los que las parejas corren en su vida sexual ordinaria, por eso, si los riesgos en la FIV no son mayores, el argumento pierde fuerza. Objetivamente, sobre la base de la experiencia obtenida, la FIV no implica mayores riesgos para el niño.

Una tercera objeción hace hincapié en la represión; si el procedimiento normal es aprobado, se estará en una "pendiente resbaladiza" que inevitablemente llevará al uso de las variantes o acompañamientos de la FIV, algunos de los cuales, o todos, serán objetados por muchas personas. La posibilidad de un uso indiscriminado de gametos donados (semen y óvulos), de la maternidad substituta o de experimentos en embriones es una inquietud real. Sin embargo, la respuesta a tal preocupación es que su posibilidad de abuso no invalida su uso apropiado. Aún más, no existe un claro consenso acerca de qué es lo que constituye un abuso.

Cuarto, se ha objetado que la infertilidad no es una enfermedad. Además, si la FIV no es un tratamiento correctivo y simplemente da la vuelta al problema, entonces probablemente las objeciones se referirán a los altos costos para el cuidado de la salud. La razón fundamental para el uso de la FIV es que los beneficios que proporciona a la pareja y a su descendencia pesan más que los riesgos que puedan surgir.

Una última objeción se refiere a que la FIV requiere el empleo de personal especializado y recursos para producir más descendencia en un mundo ya sobrepoblado. En este caso se puede aducir que la pareja no es responsable por los pro-

blemas de distribución de población en el mundo además de que por un lado si bien es cierto que existen regiones sobrepobladas, también lo es que algunas otras presentan una disminución neta del crecimiento poblacional. Realmente, la FIV no afecta tales situaciones ni de un modo ni de otro.

2.2.5 PROBLEMAS LEGALES

Dentro del marco jurídico, debido a la novedad de la fertilización in vitro (FIV) como una alternativa médica, existe un vacío de la ley sobre la materia. Además, como el procedimiento está siendo más usado, los conflictos legales necesariamente han empezado a surgir. Entre muchos otros, se tienen los siguientes:

Uno de los primeros problemas es la situación del óvulo fertilizado, no el útero pero si en un "tubo de ensayo". Un aspecto fundamental es determinar si el contenido representa una "persona" de acuerdo con la ley. Actualmente, no hay ninguna regulación legal sobre los derechos de un embrión de tubo de ensayo, pero existe una serie de normas sobre los

derechos del no nacido, desde la concepción hasta su nacimiento.

¿Cuál es el impacto de lo arriba mencionado en la práctica de la fertilización in vitro? Por ejemplo, es posible que un padre-donante muera antes de la implantación en la madre pero después de la "concepción" in vitro. El niño después de esto nace vivo. ¿Puede este niño heredar? Tradicionalmente el niño concebido en útero puede heredar, entonces no hay razón lógica o de orden público por la cual el concebido in vitro no pueda heredar, teniendo en cuenta que la identidad del padre-donante ha sido establecida y para esto, el médico y el hospital deben tener la certeza de que la identidad de los padres está fuera de toda duda.

En el caso de muchas parejas en las que el marido es infértil, es frecuente obtener espermatozoides de un donador anónimo; para efectos legales el niño así nacido es producto de matrimonio. Por consiguiente si un donante desinteresadamente engendra por "inseminación artificial" un niño concebido in vitro, éste deberá tener la misma protección que el logrado por medios convencionales.

Ya que el no nacido tiene una protección legal, surge una pregunta sobre lo que el médico y el hospital deberán hacer si una madre-donante decide que el embrión no le sea implantado. En las circunstancias actuales, el embrión sólo puede ser conservado por un período muy corto (de siete a catorce días) si no es congelado (lo que origina otras implicaciones legales) o implantado en otra mujer. Si este es el caso, pueden surgir preguntas acerca de las responsabilidades y opciones que la madre "receptora" tendría, incluyendo la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de adopción; adicionalmente surgirán situaciones más complejas relacionadas con la legitimidad del niño que pudieran ser minimizadas si existe el consentimiento informado otorgado por la pareja, lo que presupone que han recibido una explicación adecuada de las implicaciones del procedimiento.

La transferencia de embriones producidos in vitro a una madre no biológica es un procedimiento controvertido. Hay beneficios obvios de tal "sustitución" para una mujer que no es capaz de llevar su embarazo a término debido a su salud precaria o, porque su útero tiene una malformación o no lo tiene. La situación es complicada por muchos problemas legales y humanos, particularmente si algo sale mal y el niño nace impedido.

2.3 MATERNIDAD SUBSTITUTA O SUBROGADA

2.3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia del embrión fuera del cuerpo de la mujer que provee el óvulo, crea la posibilidad de ser gestado por una segunda mujer y ser entregado a los padres genéticos después de su nacimiento. Igualmente la técnica de lavado uterino (procedimiento paraquirúrgico para obtener un embrión donado para ser transferido) puede ser usada para transferir el embrión fertilizado in vivo a una segunda mujer para su gestación.

Con tales procedimientos, la mujer que lleva el embarazo es conocida como la madre gestante substituta. Esta provee el componente indispensable para la gestación del producto mas no el componente genético. Por el contrario, una madre subrogada provee ambos, el componente genético femenino y el componente gestante para la reproducción. Ambos tipos de subrogadas convienen antes de la concepción con la pareja contratante que ésta tendrá la custodia del niño resultante, situación que se puede definir como "la práctica por la cual una mujer gesta un niño con la intención de entregarlo a otra mujer después del nacimiento."

El uso de la inseminación artificial y el desarrollo reciente de la fertilización in vitro han eliminado la necesidad del intercambio sexual para establecer el embarazo sustituto. La substitución puede tomar varias formas. La madre contratante puede ser la madre genética, en el caso que ella provea el óvulo o, puede no hacer contribución alguna para crear el embarazo. El padre genético puede ser el esposo de la madre contratante o, de la mujer que lleva el embarazo a término o puede ser un donante anónimo. Así, hay muchas combinaciones posibles de personas que son importantes para la concepción, nacimiento y temprano desarrollo del niño. De estas varias formas, quizá las más usadas sean la substitución por inseminación artificial, en la que la madre gestante es la madre genética, inseminada con semen del cónyuge de la pareja contratante y, la substitución empleando la fertilización in vitro en la que el óvulo y el semen provienen de la pareja contratante y, el embrión resultante es transferido e implantado en la mujer que dará a luz.

Hay algunas circunstancias en las cuales la substitución sería una opción para el alivio de la infertilidad. Por ejemplo, cuando una mujer tiene severas afecciones pélvicas que no pueden ser corregidas quirúrgicamente o no tiene matriz. También puede ser usada para ayudar a aquellas mu-

eres que han sufrido repetidos abortos. Existen también algunos casos en los que la madre genética, aunque no sea infértil, podría beneficiarse de que el embarazo sea llevado por otra mujer, v. g. cuando la madre genética está preparada para cuidar del niño pero en la que el embarazo no es médicamente indicado. (22).

2.3.1.1 MADRES SUBROGADAS

Una madre subrogada es una mujer que es inseminada artificialmente con el esperma de un hombre que no es su marido: ella lleva a término el embarazo y entrega al niño así nacido al hombre que lo va a criar. En casi todos los casos se emplea una madre subrogada debido a que la esposa es infértil.

A diferencia de la maternidad gestante substituta que involucra la transferencia de un embrión fertilizado in vivo o in vitro, la maternidad substituta depende exclusivamente de la inseminación artificial. La razón principal para su empleo es la de que se presenta como una opción para tener un hijo ligado genéticamente con el esposo.

(22) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 625.

Ahora bien, aun cuando el concepto "madre subrogada" o "madre substituta" es un término ambiguo y no un término médico, éste ha recibido amplia difusión, por lo que se le usa para identificar a la mujer que concibe y gesta un niño que será criado y educado por su padre biológico y su esposa. Además, su participación en el proceso reproductivo es bastante más común que la participación de una madre gestante substituta que exclusivamente provee el útero.

2.3.1.1.1 INDICACIONES PARA SU USO

La razón principal para su uso se encuentra en la incapacidad de una mujer para proveer ya sea el componente genético o gestante, por ejemplo, porque se le ha practicado una histerectomía total, siendo ésta la situación en la que la maternidad subrogada es la única alternativa médica que se presenta. En otros casos, se pueden ofrecer otras alternativas. Algunas situaciones en las que la participación de la subrogada sería aconsejable pudieran deberse a la incapacidad de la mujer para proveer el componente gestante debido a una menopausia temprana o para evitar la transmisión de alteracio-

Ahora bien, aun cuando el concepto "madre subrogada" o "madre substituta" es un término ambiguo y no un término médico, éste ha recibido amplia difusión, por lo que se le usa para identificar a la mujer que concibe y gesta un niño que será criado y educado por su padre biológico y su esposa. Además, su participación en el proceso reproductivo es bastante más común que la participación de una madre gestante substituta que exclusivamente provee el útero.

2.3.1.1.1 INDICACIONES PARA SU USO

La razón principal para su uso se encuentra en la incapacidad de una mujer para proveer ya sea el componente genético o gestante, por ejemplo, porque se le ha practicado una histerectomía total, siendo ésta la situación en la que la maternidad subrogada es la única alternativa médica que se presenta. En otros casos, se pueden ofrecer otras alternativas. Algunas situaciones en las que la participación de la subrogada sería aconsejable pudieran deberse a la incapacidad de la mujer para proveer el componente gestante debido a una menopausia prematura o para evitar la transmisión de alteracio-

nes genéticas; o bien, debido a alguna enfermedad metabólica severa o una malformación uterina. (23).

2.3.1.1.2 OBJECIONES

Las objeciones que se pueden formular son básicamente las mismas que pudieran hacerse a cualquier otra técnica de concepción humana artificial, centrándose en los efectos potenciales en la subrogada, la pareja contratante, el niño y la sociedad. Debido a su escasa investigación, la mayoría de estos riesgos potenciales son altamente especulativos.

2.3.2 MADRES GESTANTES SUBSTITUTAS

En general, una subrogada se desempeña como substituta para compensar un problema de reproducción en la mujer que criará al niño; la madre gestante substituta compensa una deficiencia funcional. La madre subrogada compensa además de una deficiencia funcional, una deficiencia gamética al proveer el óvulo y el útero para la gestación. Parece que la participación de la madre gestante substituta será poco común.

(23) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 63S.

2.3.2.1 INDICACIONES PARA SU USO

Su uso es recomendable en los casos en los que la presunta madre "social" no puede proporcionar el material gestante necesario para la reproducción. Esto sucede si una mujer tiene ovarios pero no tiene útero o si por indicaciones médicas (diabetes o hipertensión) el embarazo es considerado peligroso o letal. Puede haber ocasiones en las que la gestación en una mujer en particular sería potencialmente peligroso para el producto. (24).

Cuando la mujer no puede proporcionar el componente para la reproducción, puede contratar con una madre gestante substituta para que ésta lleve el embarazo. El óvulo de la mujer es fertilizado con espermatozoides de su esposo y el embrión resultante es transferido a la madre gestante substituta.

El procedimiento para la transferencia del embrión es el mismo usado en la donación de embriones fertilizados in vivo o in vitro pero la intención de las partes es diferente

(24) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 58S.

ya que la receptora del embrión (en este caso la madre gestante substituta) está de acuerdo en entregar al niño, después de su nacimiento, a sus padres genéticos.

2.3.2.2 OBJECIONES

En términos generales las reservas sobre la técnica de la maternidad gestante substituta son similares a las originadas por la maternidad substituta. Debido a la muy escasa experiencia, existen áreas de gran expectación sobre sus efectos en los participantes, la substituta y la pareja así como en el niño.

2.3.4 TRANSFERENCIA DE EMBRIONES SUBROGADOS

(LAVADO UTERINO)

Como se ha mencionado, una de las variantes de la maternidad substituta la constituye la transferencia de embriones fertilizados in vivo o "embriones subrogados" y, siendo uno de los avances más recientes en la reproducción sin coito proporciona un modelo para examinar la mayoría de los problemas implicados en todas las formas de la reproducción sin acti-

vidad sexual. Consiste en la obtención paraquirúrgica de un embrión por "lavado" uterino, de una substituta que ha sido inseminada artificialmente con el espermatozoides del esposo de una mujer infértil y la subsecuente transferencia de ese embrión al útero de la mujer infértil. (25).

Se puede decir que esta donación de un óvulo fertilizado es una forma de donación prenatal que requiere de una substitución muy limitada.

2.3.4.1 INDICACIONES PARA SU USO

El uso del lavado uterino para transferencia de embrión es recomendado en los casos de mujeres que no pueden producir sus propios óvulos porque carecen de ovarios, o por menopausia prematura, o disgenesia gonadal o en pacientes en las que la obtención de ovocitos para ser fertilizados in vitro no es posible, o debido a la obstrucción de los oviductos o severas adhesiones periováricas que no han respondido a otros tratamientos pero, en quienes la obtención de óvulos no puede ser

(25) Sherman Elias et al. Op. cit. pág. 64.

completada por laparoscopia así como en casos de infertilidad inexplicada en quienes han fracasado otros métodos tales como la FIV o la inseminación artificial por donante (IAD) o para pacientes que desean evitar la transmisión de enfermedades o características genéticas. (26).

2.3.4.2 METODOS EMPLEADOS

Es necesario que la donante se abstenga de tener relaciones sexuales por lo menos cinco días antes de la ovulación, en cuyo momento es inseminada artificialmente con semen obtenido del esposo de la mujer infértil. En los casos en los que el esposo también sea infértil o padezca azoospermia, se requerirá también un donante de semen.

Aproximadamente cinco o seis días después de la inseminación, el endometrio es "lavado" a través de un catéter introducido transcervicalmente en la cavidad uterina, sin anestesia. El lavado se repite diariamente hasta que el embrión

(26) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 475.

es localizado, momento en el cual es transferido a la receptora en una forma similar a la usada en la transferencia de embrión en la fertilización in vitro. El momento de la ovulación de la receptora y de la donante debe estar sincronizado. (27).

2.3.4.3 PROBLEMAS LEGALES

La transferencia del embrión subrogado presenta casi todos los problemas de la FIV y la maternidad subrogada combinados. Se dice "casi todos" porque el vínculo y la posibilidad de que la donante del embrión se niegue a someterse al procedimiento del lavado y seguir el embarazo es mucho menos probable que el riesgo de que la madre substituta que dará a luz decida quedarse con el niño. La transferencia del embrión subrogado plantea directamente todas las demás cuestiones surgidas como consecuencia de la práctica de la concepción humana artificial: posibilidad para su empleo en casos de infertilidad, protección del embrión, determinación de la maternidad, de la paternidad, la protección del donante y su anonimato así como la comercialización.

(27) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 47S.

De todos estos temas, la identificación de la madre es un punto de mayor valor que la identificación del padre, ya que ella juega un rol más significativo en la gestación y nacimiento del bebé que el padre. A diferencia del padre, por ejemplo, la madre gestante siempre estará presente y será fácilmente identificada en el momento del nacimiento. El problema a solucionar es decidir quién será considerada como la madre "legal": la madre gestante o la madre genética.

Otra preocupación se centra en el potencial implícito de explotación económica, confusión moral y daño psicológico para las madres subrogadas, para los presuntos padres y para los niños. Algunos críticos se refieren al contrato directamente como "compra de niños". También está por verse si los pagos directos a las madres substitutas son legales o no. El sistema de madres subrogadas suscita una interminable lista de preguntas. ¿Cómo puede estar uno seguro de que la madre substituta no tomará drogas o ingerirá licor durante el embarazo? ¿Qué pasa si ella renuncia y quiere conservar al niño? ¿Qué pasa si un niño nace con malformaciones congénitas o taras mentales?

La adopción pudiera ser una opción preferible para algunas parejas. A pesar de que hay muy pocos recién nacidos

saludables disponibles, los niños difíciles de colocar podrían ser una alternativa que merece ser considerada.

Aún si uno está de acuerdo en que la prohibición legal de la maternidad subrogada no es apropiada, surgen preguntas adicionales sobre si los contratos para procrear un niño deberán ser legalmente permitidos.

La decisión de renunciar a los derechos legales sobre la custodia del niño dependen del consentimiento expreso de la madre así como de su buena voluntad psicológica de cumplir con el contrato después de que el bebé nació. Más aún, a la luz de las garantías individuales que otorga la constitución a las madres y al donador de esperma, aún cuando él pueda desear ser el padre legal del niño, pueden no tener mayor derecho a su custodia (u obligación de alimentar) que un donante anónimo de esperma. En provecho del niño no nacido, puede ser deseable reconsiderar si los derechos del donante del esperma en la posición de la madre substituta podría cambiar, al menos en parte, sus deseos e intenciones. En este momento, los derechos de la madre substituta son clara y fuertemente favorecidos por la ley, por eso, los contratos para procrear un niño presentan más riesgos para los presuntos padres adoptivos. Todavía es difícil imaginar que las madres substitutas celebra---

rían tales contratos únicamente para estar embarazadas cuando hay medios menos complicados para conseguir lo mismo.

El embrión puede ser producido de varias formas (in vitro o in vivo) y las implicaciones legales variarán en cada caso. No obstante, el problema legal puede ser expresado en una manera muy simple: ¿la ley reconocerá el origen biológico del niño o, considerará únicamente las circunstancias del nacimiento al decidir a cuál mujer "pertenece" el niño?

Como se ve, los impactos legales de la maternidad subrogada pueden considerarse tan peligrosos como un campo de minas explosivas. Hasta antes de la FIV una cosa era cierta, una mujer que daba a luz era la madre de ese niño; la posición legal de la madre y del niño surgían de una certeza física y biológica. La paternidad ha sido tratada diferente. La identidad del padre biológico se presume si el niño nace de matrimonio, pero es materia de prueba en contrario cuando se puede demostrar en forma indubitante que el esposo no es el padre del niño.

2.4 ESPERMA DONADO Y LA FERTILIZACION IN VITRO

Una de las razones principales para el uso de la fertilización in vitro (FIV) es el tratamiento de la infertilidad masculina. Con el uso de las técnicas de la separación de esperma y el contacto directo del huevo y del esperma en un medio de fertilización in vitro, la fertilidad potencial del hombre con oligospermia ha aumentado. El aspecto funcional del esperma es muy importante para determinar el éxito o el fracaso del procedimiento. Por eso, antes de incluir a un hombre en un programa de FIV se realiza un exhaustivo trabajo de investigación que va desde el análisis rutinario, cultivo y sensibilidad, hasta las pruebas de penetración del semen.

2.4.1 INDICACIONES PARA SU USO

Se recomienda el uso de semen donado en la fertilización in vitro en dos situaciones. La primera de ellas es cuando la mujer es infértil y su pareja es subfétil. La segunda se presenta cuando el esposo tiene una producción de es-

perma notoriamente dañada, males genéticos o un trastorno gonadal total. (28).

Si el potencial de fertilización del esposo es desconocido o sospechoso, el uso de semen donado puede ser la posibilidad. En este caso, el semen del esposo es usado para una primera inseminación. Si la fertilización no ocurre entre las doce y dieciocho horas siguientes a la exposición, el semen donado puede ser usado en un segundo intento de fertilización del óvulo. El uso del "apoyo" de esperma donado en un programa de FIV presupone que al principio del ciclo de la FIV la pareja ha sido informada y aconsejada y, acepta esta aproximación, otorgando al efecto su consentimiento informado. (29).

2.4.2 OBJECIONES

Las objeciones que se pueden formular al uso de semen donado, ya sea para inseminación artificial o para fertilización in vitro, han sido ya descritas en las páginas anteriores.

(28) The Ethics Committee of the American Fertility Society.
Op. cit. pág. 39S.

(29) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 39S.

Una reserva más, que puede añadirse al uso de semen donado en los programas de FIV, se debe al problema para determinar la paternidad cuando el semen donado es usado después de que fracasó la fertilización con el semen del esposo.

En la FIV, la fertilización es definida como la visualización de un pronúcleo masculino y uno femenino en el citoplasma del óvulo después de haber sido expuesto al esperma.

Esta visualización ocurre, ya sea en las primeras seis horas o dentro de las dieciocho o veinticuatro horas posteriores a la exposición al esperma. Así, cuando el factor masculino está presente y el "apoyo" del donante está contemplado, el desarrollo del pronúcleo debe ser verificado durante las dieciocho horas siguientes a la exposición al esperma; si no hay ninguna visualización, entonces el esperma del donante puede ser usado. Sin embargo, no significa que la fertilización con el esperma del esposo no ocurrió. Puede significar que la penetración y la fusión del esperma en la membrana del óvulo ha ocurrido pero que el desarrollo del pronúcleo no ha sido todavía visualizado. Por lo tanto, a pesar de ser posterior su exposición al semen donado, el ovocito se considera fertilizado por el donante, no por el esposo, por lo que queda la confusión acerca de la paternidad. La verdadera identidad del padre no

puede ser establecida sobre la base de la fertilización visualizada *in vitro*.

2.5 ESPERMA CONGELADO

La existencia de bancos de semen humano se ha logrado gracias al desarrollo de las técnicas de congelación de material biológico.

La criopreservación del espermatozoides humano ganó credibilidad en 1953, cuando se demostró que éste podría ser usado para inseminación después de haber sido descongelado y cuyo resultado fue un bebé normal. Hasta 1970, los bancos de espermatozoides estaban instalados en las Universidades, fecha en la que aparecieron los bancos privados para llenar la necesidad de congelar y almacenar espermatozoides antes de una vasectomía. Simultáneamente, la demanda se amplió para incluir el almacenamiento de espermatozoides de aquellos hombres que iban a recibir tratamiento de quimioterapia así como proveer de espermatozoides a aquellas parejas en las que la inseminación artificial por donante (IAD) era médicamente indicada. Debido a que a la fecha es virtualmente imposible estimar el número de nacimientos logrados con esper-

ma descongelados, toda vez que no existe un sistema de registro organizado, en algunas ciudades de Europa, particularmente en Francia, se han establecido sistemas de bancos centralizados ya que con esta acción se cree poder mejorar los procedimientos de registro y de espacio.

Normalmente los espermatozoides se destruyen cuando se congela el semen por lo que es necesario emplear soluciones que los protegen del daño por congelación.

La congelación se efectúa en pipetas capilares de 0.25 ml, por descenso muy rápido de la temperatura y se tiene cuidado de evitar la cristalización del agua que destruye las células, o más precisamente, el procedimiento tiende a hacer que los cristales sean lo más pequeño posible. Se colocan estas pipetas en vapor de nitrógeno, a unos cuantos centímetros por encima del recipiente que contiene este elemento en estado líquido y enseguida se conservan en inmersión en nitrógeno líquido (-196°C). (30).

(30) G. Ashton et al. "Semen Handling". In vitro fertilization Workshop Manual. Department of Obstetrics and Gynaecology. Monash University, Queen Victoria Medical Center. Epworth-Monash University, Infertility Unit and Royal Women's Hospital. Australia.

La inseminación artificial debe ser practicada en el momento de la ovulación, es decir, cuando el ovario libera al óvulo (científicamente ha sido difícil determinar este momento preciso), para ello, los capilares se descongelan previamente con rapidez, en una estufa a 37°C a fin de homogeneizar el esperma y se hace un nuevo control del esperma, que tiende a verificar la motilidad (movimiento) de los espermatozoides.

2.5.1. INDICACIONES PARA SU USO

El uso del esperma congelado se encuentra indicado, además de los casos clínicamente señalados para la inseminación artificial por donante (IAD), en aquellas situaciones en las que los hombres desean almacenar su esperma antes de una vasectomía, una orquiectomía requerida para el tratamiento de neoplasia testicular, quimioterapia o radiaciones y por el uso de terapia inmunosupresiva debido a problemas tales como la anemia aplásica. (31).

Con el uso de esperma congelado, hay tiempo para ---

(31) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 495.

realizar algunos tipos de investigación antes de practicar la inseminación. Aún más, la muestra del semen puede ser puesta en cuarentena y realizar nuevos exámenes al donador para detectar enfermedades que se transmiten sexualmente, después de que ha sido observado el período de incubación.

En el probable caso de que un hombre muera, después de que su esperma haya sido congelado para ser usado en su cónyuge, ella podría solicitar una inseminación póstuma, lo que origina problemas mayores a los surgidos en la inseminación normal artificial por el esposo, aunque el hecho de que hubiera existido una relación conyugal antes de la preservación del semen y antes de la muerte del esposo, hace a esta posible situación más aceptable que el uso de esperma donado anónimamente.

2.5.2 OBJECIONES

Cuando es usado esperma donado, las objeciones que se pueden hacer en relación con el uso de esperma congelado proveniente de un donador, son las mismas señaladas para el uso de esperma fresco (no congelado). Independientemente de

esas objeciones, existen consideraciones adicionales que afectan al proceso de congelación. La más importante es el criodañó. Este podría conducir a una inactividad biológica del esperma y disminuir el índice de embarazos o producir daños genéticos en el esperma y aumentar las anomalías fetales. La información disponible muestra que el esperma descongelado es menos eficiente para inseminación que el esperma fresco. Es necesario realizar mayores ciclos de inseminación antes de lograr que ocurra un embarazo y, hay una gran necesidad de precisar el momento de la inseminación con el de la ovulación.

Otra cuestión de interés es cuando la idea para usar semen congelado ha cambiado, e. g. después de la muerte del esposo o después de un divorcio.

2.6 LA DONACION DE OVULOS Y LA FERTILIZACION IN VITRO

Un óvulo donado puede ofrecer la oportunidad de formar una familia a parejas en las que la mujer no puede producir sus propios óvulos o porque éstos tienen un defecto congénito. La posibilidad de usar un óvulo donado en ausencia de

la función ovárica ha sido demostrada en los primates y en los humanos.

2.6.1 INDICACIONES PARA SU USO

Las sugerencias médicas en las que se recomienda el uso de óvulos donados son varias. En algunos casos, los métodos actuales para la "cosecha" de óvulos son inadecuadas; también hay algunas pacientes que no tienen ovarios, ya sea por factores congénitos o porque les fueron extirpados o tienen fallas ováricas, i. e. agotamiento de ovocitos. En otros casos, puede recomendarse el uso de óvulos donados en pacientes en las que se presume que sufren de un defecto genético en sus propios ovarios o, que efectivamente lo tienen así como en mujeres con síndrome de insensibilidad ovárica, en las que la recolección de ovocitos es técnicamente imposible en la actualidad. (32).

Existen algunas fuentes posibles para obtener óvulos donados. Estos pueden ser específicamente donados por una

(32) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 425.

pariente o una amiga; pueden ser recolectados incidentalmente de un proceso operativo por causas enteramente ajenas o, pueden estar disponibles de los obtenidos en exceso de pacientes incluidas en programas de FIV.

En este último caso, la donación de los ovocitos es completamente anónima y son tomadas ciertas medidas para preservar el anonimato de la donante y de la receptora. Cualquier embrión resultante de la donación de un ovocito es trasladado a una institución completamente separada de aquélla en la que la donante es tratada y sus embriones son transferidos.

La identidad de la donante sólo es conocida por el doctor a cargo del procedimiento científico en el laboratorio; ni la receptora ni la donante son informadas del éxito en el resultado del desarrollo del embrión, transferencia o embarazo en la otra paciente. El consentimiento informado por escrito es obtenido de ambas, donante y receptora, antes de iniciar el procedimiento.

2.6.2 OBJECIONES

Entre las objeciones que se pueden oponer a este procedimiento se encuentran los riesgos médicos para la donan-

te, la receptora o para la descendencia. Además, hay cuestiones sociales relativas al uso de gametos provenientes de terceras partes. Estas objeciones incluyen los efectos potenciales que surgirían en la familia de la donante y de la receptora, la identidad misma, las relaciones de los padres con el niño y, posibles efectos en el niño. También existe la posibilidad de una presión indebida, abierta o cubierta, para obtener los óvulos debido a relaciones familiares o sociales. Asimismo, hay inquietud sobre posibles problemas de consanguinidad debidos al uso múltiple de ovocitos provenientes de una sola mujer. Finalmente, no existe legislación específica para identificar quién es la madre legal cuando se usan óvulos donados.

2.7 CRIOPRESERVACION DE OVULOS

Por varias décadas, la habilidad para congelar y almacenar espermatozoides ha sido una técnica aceptada. Los avances recientes en criobiología han conducido al deseo de congelar y almacenar óvulos no fertilizados. Ha sido demostrado en animales que las dificultades técnicas para congelar y almacenar óvulos es muy grande; a la fecha no existen métodos

confiables para la criopreservación y almacenamiento de los óvulos, los que después de descongelados y fertilizados, se segmentarán y, producirán descendencia viable en un significativo número de casos. Sin embargo, como un adelanto técnico, los avances teóricos para un almacenamiento confiable son de gran interés.

2.7.1 INDICACIONES PARA SU USO

Al igual que el congelamiento de espermatozoides, la capacidad para congelar y almacenar óvulos deberá ser provechosa para la paciente que encara algún tipo de rechazo a los gametos: por ejemplo, una mujer joven que adquiere una enfermedad. Debido a que la exposición a terapias de radiación o quimioterapia frecuente afecta la capacidad de los ovarios para producir óvulos sanos, un método seguro de congelamiento y almacenamiento de óvulos sin fertilizar permitiría a esta paciente preservar sus gametos antes del tratamiento. (33).

Otra indicación sería cuando los óvulos en exceso

(33) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit. pág. 515.

son recuperados durante un ciclo de tratamiento de fertilización in vitro (FIV). La habilidad para congelar y almacenar estos gametos adicionales para un uso futuro de la donante del óvulo o de otra mujer sería preferible a la fertilización y congelamiento de un embrión en desarrollo.

La razón principal para continuar con la investigación para la criopreservación de los óvulos es aumentar la habilidad para almacenarlos en una forma segura. Si esta seguridad puede darse, entonces las mujeres expuestas a la quimioterapia no perderán necesariamente su capacidad reproductiva. Después de terminar el tratamiento podrían tener la oportunidad de embarazarse con sus propios gametos. De igual importancia es el hecho de que la habilidad para congelar y almacenar óvulos sin fertilizar reduciría la necesidad de almacenar embriones, con sus consiguientes ramificaciones éticas y legales. Adicionalmente, con el consentimiento de la donadora, los óvulos que no empleara podrían ser usados por otra mujer incapaz de producir sus propios óvulos.

2.7.2 OBJECIONES

Las objeciones que se podrían oponer a este procedimiento son las mismas señaladas para la criopreservación de es-

perma así como la consiguiente dificultad para establecer quién es la madre legal.

2.8 EMBRIONES DONADOS Y LA FERTILIZACION IN VITRO

Un embrión donado fertilizado in vitro por definición no tiene relación genética con ninguna de las partes de la pareja receptora. No existen datos sobre el uso en humanos de embriones donados, sin embargo, la demanda para adoptar niños sugiere que su empleo pudiera incrementarse pero, en contraste con la idea básica de la FIV, parece ser que su empleo sería menor.

2.8.1 INDICACIONES PARA SU USO

Las recomendaciones primarias para dar y recibir un embrión son raras. Aplicaría en parejas a las que se ha recomendado el uso de óvulos y esperma donados.

Si no hubiera óvulos disponibles para donación y existiera un embrión, entonces tal vez se recomendaría su uso.

Los embriones podrían obtenerse de varias fuentes. La más probable sería de los logrados en exceso para ser empleados en el tratamiento de la infertilidad de la donante. Esta situación podría surgir si los embriones no transferidos fueron congelados para un uso futuro de la donante y surgieran eventos posteriores que hicieran que esto fuera imposible; también podrían inesperadamente haber embriones frescos disponibles si después de la inseminación surgiera alguna enfermedad, accidente o, aún la muerte de la donante, situaciones éstas que evitarían su transferencia.

2.8.2 OBJECIONES

No existe información sobre las consecuencias en los individuos o en la sociedad por el uso de embriones donados. Se ha sugerido que su uso es similar en concepto a la adopción y, que la única diferencia es el tiempo en que la adopción ocurre. No obstante, es necesario hacer notar que las situaciones no tienen paralelo. En el caso de la adopción tradicional, ésta es aceptada como una solución desafortunada ya existente, i. e. un niño ya nacido que no tiene padres. En

el caso de la donación de un embrión, la donación es deliberada para permitir a la pareja criar a un niño en potencia y, particularmente, cumplir el deseo de una madre potencial para llevar un niño dentro de su útero. Se podría argumentar con algún mérito que, desde el punto de vista de la pareja receptora, esta experiencia los acerca más a la situación normal de la reproducción humana permitiéndoles la experiencia del embarazo tradicional más allá de lo que lo hace la adopción.

El problema de la paternidad y la maternidad en el caso del uso de un embrión donado no ha sido determinado, pero como en otros casos, generalmente se sostiene que la madre gestante es la madre legal del niño.

2.9. CRIOPRESERVACION DE EMBRIONES

Puesto que la primera implantación puede no tener éxito y/o la paciente desea un segundo embarazo, el almacenamiento de embriones fertilizados puede evitar futuras laparoscopías.

Otras indicaciones para el almacenamiento de embriones pudieran ser que se almacenen para su implantación en un

ciclo más apropiado con una muestra hormonal más favorable. Es posible (aunque no ha sido probado en embriones humanos), que el desarrollo del embrión in vitro sea más lento que si fuera in vivo, así que su congelación podría permitir una mejor sincronización durante el ciclo siguiente. Las drogas usadas para producir la superovulación pueden al mismo tiempo afectar el desarrollo endometrial y reducir las oportunidades de una implantación exitosa en el ciclo del tratamiento.

Al igual que en el procedimiento para congelar espermatozoides el embrión de ocho células, antes de ser criopreservado es sumergido en una solución preparada para protegerlo de cualquier daño. Se le coloca después sobre una capa de hielo machacado hasta que se alcanzan 6°C bajo cero; más tarde se le enfría hasta los 80°C bajo cero, a una velocidad de 0.5°C por minuto, ya que así las células se deshidratan adecuadamente. Cuando se llega a esta temperatura, el embrión se pone en nitrógeno líquido y posteriormente puede descongelarse en sólo diez minutos. (34).

(34) The Committee to consider the social, ethical and legal - issues arising from in vitro fertilization. Report on the disposition of Embryos produced by in vitro fertilization. August 1984, Victoria, Australia.

2.9.1 INDICACIONES PARA SU USO

Se puede anticipar que se puede fertilizar más de un óvulo al mismo tiempo. En promedio, estos embriones tienen un período corto de vida (aproximadamente de siete a catorce días); sin embargo, como el éxito de la implantación parece ser de un cincuenta por ciento como máximo, la congelación y almacenamiento de embriones pueden eventualmente ser usados para minimizar el número de laparoscopías necesarias cuando se intenten varias implantaciones. Para embriones frescos y aquellos que son congelados, la disposición de que no se necesitarán o no sean queridos necesita ser clara, sin embargo, no hay ninguna ley sobre este punto.

Otra indicación para su criopreservación y almacenamiento podrá ser que en la actualidad las técnicas requeridas para detectar defectos en el embrión pueden llevar más de un día o dos y el embrión que pase como satisfactorio podría conservarse para una implantación en un ciclo posterior.

Sometido a prueba de que el congelamiento no produce efectos adversos a corto o largo plazo en el feto, un control estricto con sanciones legales parece ser el mejor cami-

2.9.1 INDICACIONES PARA SU USO

Se puede anticipar que se puede fertilizar más de un óvulo al mismo tiempo. En promedio, estos embriones tienen un período corto de vida (aproximadamente de siete a catorce días); sin embargo, como el éxito de la implantación parece ser de un cincuenta por ciento como máximo, la congelación y almacenamiento de embriones pueden eventualmente ser usados para minimizar el número de laparoscopías necesarias cuando se intenten varias implantaciones. Para embriones frescos y aquellos que son congelados, la disposición de que no se necesitarán o no sean queridos necesita ser clara, sin embargo, no hay ninguna ley sobre este punto.

Otra indicación para su criopreservación y almacenamiento podrá ser que en la actualidad las técnicas requeridas para detectar defectos en el embrión pueden llevar más de un día o dos y el embrión que pase como satisfactorio podría conservarse para una implantación en un ciclo posterior.

Sometido a prueba de que el congelamiento no produce efectos adversos a corto o largo plazo en el feto, un control estricto con sanciones legales parece ser el mejor cami-

no. Hasta ahora, raramente ha sido posible preservar óvulos de animales por congelamiento, pero es bien reconocido que el esperma humano o animal conserva su potencia. El deshidratamiento por congelación y almacenamiento de embriones fertilizados en un congelador de nitrógeno líquido en un laboratorio ya no es experimento en la crianza de animales y, sería adaptable al tratamiento de infertilidad en humanos.

Si el almacenamiento es aceptado en la práctica, debe haber una correcta aplicación de controles estrictos para su uso. El consenso es que los embriones no deben ser "criados" para investigación y que los embriones almacenados deberán ser conservados para tratamiento específico de una pareja/paciente en particular. Tampoco se puede imponer un período arbitrario de meses o años, pero si los límites de tiempo son necesarios por motivos sociales más que por razones médicas, entonces el procedimiento siguiente parece ser el más indicado.

Los embriones deben ser almacenados por un período máximo equivalente a la capacidad reproductiva natural del paciente individual, por ejemplo, hasta la menopausia o, hasta el tiempo en que la pareja no seguirá viviendo como marido y mujer, y/o se separaran, y/o alguno de ellos muera, lo que su-

ceda primero. (Esto aplica particularmente cuando el embrión ha sido fertilizado con espermatozoides del esposo, más bien que por inseminación artificial por donante (IAD), ya que la mujer puede divorciarse y volver a casarse y podría por eso introducirse excepciones para el futuro, por lo que las condiciones de almacenamiento podrían ser ligeramente diferentes cuando se use espermatozoides donados por AID o por inseminación artificial por el esposo (IAE), e igualmente con óvulo donado fertilizado con el espermatozoides del esposo.

2.9.2 OBJECIONES

Las objeciones que se podrían oponer al empleo de esta técnica sería que el almacenamiento por largos periodos o el abandono de embriones podría crear generaciones mixtas, traumas familiares, obstáculos sucesorios y/o problemas sobre legitimidad y manutención.

La práctica de donar gametos o embriones ha ocasionado serios debates sobre las nuevas técnicas de reproducción.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Un punto de vista es que estas técnicas deberían emplearse únicamente dentro de una familia establecida.

Quienes sostienen este criterio concluyen que si la pareja no puede concebir un niño por sus propios medios con sus propios gametos o aún con asistencia médica, ellos deberán aceptar su infertilidad y explorar alternativas tales como la adopción.

En contraposición a lo anterior existe la opinión de que la práctica de donar gametos y embriones es moralmente justificada cuando es empleada por una pareja por una buena razón tal como la infertilidad que no se puede tratar o bien por la presencia de un defecto genético en uno o en ambos cónyuges.

Por eso el uso de estas nuevas técnicas de reproducción se ven como un procedimiento que permite a las parejas aproximarse tanto como sea posible a la experiencia de la reproducción.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

Un segundo punto de controversia es el significado del término familia. El concepto tradicional de familia es el que incluye al esposo, la esposa y uno o más hijos, concepto tradicional que ya venía cambiando no tanto por las nuevas técnicas de reproducción como por algunos eventos surgidos durante el siglo XX, especialmente el elevado porcentaje de divorcios y el aumento en el número de niños que nacen de mujeres solteras.

La familia es el núcleo social primordial, el más natural y el más antiguo de todos, más sin embargo, dicho concepto en su evolución histórica ha tenido diversas connotaciones, por lo que a continuación se hace una breve reseña cronológica.

" en los tiempos primitivos, la comunidad de existencia ligaba materialmente entre sí, a todos los que estaban unidos por el lazo de parentesco; la familia, al crecer tendía a formar una tribu. Desde entonces siempre ha estado dividiéndose. La vida en común se restringió primeramente a los que descendían de un mismo autor aún vivo; el ancestro común los reunía bajo su potestad; a su muerte la familia se dividía en varias ramas, cuyos respectivos jefes eran los propios hijos del difunto. Tal era el sistema

de la familia romana, fundado en la patria potestad, que duraba tanto como la vida del padre." (35).

"En el sentido propio se entiende por familia o "domus" - dice Eugenio Petit - la reunión de personas colocadas bajo la potestad o la manus de un jefe único. La familia comprende, pues, al pater familias que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su patria potestad y la mujer in manu, que está en una condición análoga a la de un hijo (loco filiae)." "La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la potestad paterna o marital. Es difícil dar una definición completa de los agnados. Se

puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, sometidos a su potestad o que lo estarían si aún viviera. Hay que colocar también entre los agnados a la mujer in manu, que es loco filiae." (36).

El punto a determinar consiste en que si a raíz de las nuevas técnicas de reproducción estos conceptos de familia deberán cambiar. En otras palabras, ¿los donantes (de gametos o embriones) deberán ser considerados como parte de la familia? Cuando las donaciones son hechas por parientes o amigos

(35) Planiol Marcel, citado por Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo II. Derecho de familia. Editorial - Porrúa, S. A. México 1980.

(36) Petit Eugenio, citado por Rafael Rojina Villegas Op. cit.

cercanos, automáticamente éstos serán conocidos por la pareja receptora. En otros tipos de donación la práctica varía: con la inseminación artificial por donante, éste usualmente permanece anónimo; las madres subrogadas, sin embargo, frecuentemente son conocidas por la pareja que cría.

Asimismo, la inseminación artificial (IAE, IAD), la fertilización in vitro y en un menor grado el lavado uterino, hacen que la noción de parentesco varíe y que en algunos contextos de reproducción médica asistida se deba distinguir entre la madre genética, la madre gestante y la que cría y entre el padre genético y el que cría, conceptos no considerados en el sentido del parentesco tradicional. (37).

Otro problema es el impacto que estos procedimientos tienen sobre los niños mismos. A pesar de que los procedimientos parecen ser médicamente seguros, ninguno ofrece certeza completa en lo que respecta a los efectos psicológicos. Hay pocos resultados de investigación disponibles. Los hijos nacidos gracias a la inseminación artificial por donante son los únicos que tienen edad suficiente para permitir comprender

(37) The Ethics Committee of The American Fertility Society.
Op. cit.

algo a este respecto en el largo plazo; sin embargo, probablemente la mayoría de estos niños ignora las circunstancias de su propio origen.

A pesar de lo anterior sería un error si los médicos y las universidades de un país se cerraran a las nuevas posibilidades médicas porque éstas son materia de discusión pública y pudieran ser objetadas por algunas personas. El resultado sería que estos métodos fueran empleados por individuos que no están dispuestos a informar sobre sus actividades, éxitos y fracasos conforme a los principios científicos o, que los ciudadanos de un país buscaran la ayuda apropiada fuera.

En virtud de lo arriba señalado, la ley deberá jugar ni un rol reaccionario ni un rol revolucionario. Esto significa que la práctica de los nuevos métodos de concepción humana artificial deberá ser legalmente permitida pero prudentemente regulada y moralmente tolerada pero cuidadosamente escudriñada. Asimismo, las ramificaciones psicológicas deberán ser estudiadas de la manera científica más rigurosa posible.

Las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa y no han podido prever todas las situaciones que se presentan en la práctica por lo que resulta que para el jurista existen muchos puntos oscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por misión la de proponer soluciones para esas dificultades pero, hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas.

Es así como la doctrina mexicana, aunque someramente pero con una visión futurista, se ha planteado la dogmática jurídica de esta nueva técnica de procreación. por ejemplo, en el campo del Derecho Civil se han señalado sus repercusiones en relación con el matrimonio (38); divorcio (39), sucesión legítima (40); contratos y bienes (41); y paternidad y filia---

(38) Montero Duhal, Sara. Derecho de Familia. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 1985, p.p. 140-141.

(39) Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio. Segunda Edición, Editorial Cajica, S. A. Puebla, México 1980. p.p. 632-649 y De Ibarrola Antonio en su libro "Cosas y Sucesiones". Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1977. p.p. 890-891.

(40) Gutiérrez y González, Ernesto. Op. cit.

(41) García Mendieta, Carmen. "Fertilización Extracórporea: Aspectos Legales". Ciencia y Tecnología. Nov-Dic. 1985, Núm. 65, Año XI, p.p. 31-40.

CAPITULO SEGUNDO

LEGISLACION EXTRANJERA Y MEXICANA SOBRE CONCEPCION HUMANA ARTIFICIAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los científicos se han consagrado a desentrañar los misterios de la concepción y a lograr que puedan tener hijos los millares de frustrados aspirantes a padres, que según ciertos cálculos es uno de cada siete matrimonios; los gobiernos tienen un interés jurídico en asegurar la transmisión ordenada de la vida de una generación a la siguiente.

Resulta evidente que la biología de la reproducción ha creado métodos tan sofisticados, futuristas y revolucionarios que no tardaron en quebrantar los principios preestablecidos y las medidas legislativas que rigen las relaciones para la procreación, de ahí que, en varios países (Francia, España, Suecia, E. U. A., Inglaterra, Australia) la concepción artificial haya empezado a ser objeto de legislación con el fin de otorgar a dicho método validez en su práctica y en su desarrollo.

ción. (42). Se le ha estudiado también desde el punto de vista del Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo (43) y el campo del Derecho Penal se ha desarrollado el problema de la inseminación artificial cuando medie la violencia física o moral o el engaño, como conducta no tipificada en el Código Penal vigente. (44).

2. LEGISLACION EXTRANJERA

Antes de tratar el desarrollo de la legislación que sobre concepción artificial en seres humanos existe en nuestro País, se hará un resumen de algunos de los debates, recomendaciones y legislación o proyectos de legislación extranjera sobre el particular.

(42) Idem, pág. 34. Además, Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S. A. México 1973, p. 586 y Revisión de la Facultad de Derecho de México. "La Filiación y la Paternidad". Tomo XXVIII. Mayo-Agosto 1978. Núm. 110. Universidad Nacional Autónoma de México. p. 400.

(43) García Mendieta Carmen. Op. cit.

(44) Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México - 1985. p.p. 305-308.

2.1 S U E C I A (45)

2.1.1 ANTECEDENTES

En el año de 1981 el gobierno sueco nombró una comisión denominada la Comisión sobre Inseminaciones con el objeto de que estudiara las implicaciones de la inseminación artificial y la fecundación in vitro (FIV). Después de vivos debates, el 1° de marzo de 1985 entraron en vigor las normas legales sobre inseminación artificial que convierten a Suecia en el primer país del mundo en tener una legislación completa en ese campo. La citada Comisión estudió asimismo la FIV y la "maternidad alquilada", exponiéndose aquí también los rasgos principales de su propuesta.

La primera vez que los legisladores se interesaron en Suecia por la inseminación artificial fue a finales de los años cuarenta. En aquella ocasión se nombró una Comisión estatal que presentó en 1953 una propuesta de ley especial sobre

(45) Göran Ewerlöf. "La Inseminación Artificial-Debates y Legislación". Actualidades de Suecia. Svenska Institutet. Box. 7434. S-10391 Stockholm Suecia. Traducción de Felipe Mena.

ese particular. Dicha propuesta que sólo se refería a la IAD (inseminación artificial por donante), partía -según la mentalidad de la época- de que la mujer quiere y ha de tener hijos y, que ello ha de tener lugar en el seno del matrimonio. La propuesta prescribía, entre otras cosas, que el donante de espermia había de ser anónimo para los futuros padres y que no se podría plantear demanda por paternidad contra él. Es decir, que la persona a considerar como padre legal sería el marido.

Aquella propuesta no llegó a plasmarse en la legislación, sin que se pueda saber con certeza a qué se debió. Es posible que se considerase que eran muy pocas las inseminaciones artificiales realizadas en Suecia como para motivar su regulación por ley. Otra causa puede haber sido la oposición de fuertes grupos de intereses (entre otros los religiosos) para legalizar esas actividades. Es probable que contribuyese a ello también el hecho de existir niños suecos para adoptar.

Como ya se ha indicado, el interés por la inseminación artificial ha aumentado fuertemente en los últimos años. A pesar de ello, en la mayoría de los países no existe ningún tipo de regulación legal ni control social de esas actividades.

Por lo que respecta a la FIV tampoco existía regulación legal alguna en Suecia ni en el extranjero. En Australia, Estados Unidos y Gran Bretaña, hay ciertas instrucciones a seguir, pero aún no tienen el carácter de normas legales obligatorias.

Al convertirse la inseminación artificial en un método cada vez más establecido para remediar la falta involuntaria de niños, se hizo también más patente la necesidad de una legislación. Las leyes suecas carecían por completo de cláusulas que protegieran a los niños nacidos por inseminación. Así, en la ley vigente hasta antes de 1985, sobre la filiación de los hijos (Código de la Paternidad y Tutela), un hombre que hubiese accedido a que su mujer o cohabitante fuera inseminada con espermatozoides de otro hombre podía, en cualquier momento y sin limitación temporal, alegar ante un tribunal que él no era el padre biológico del niño.

En diciembre de 1981, el gobierno nombró una comisión estatal, llamada la Comisión sobre Inseminaciones, encargada de estudiar tanto las inseminaciones artificiales como la FIV. En el otoño de 1984 se le encargó, además, el estudio de ciertas cuestiones relativas a los derechos de los niños por nacer, por ejemplo, sobre medidas a adoptar cuando una mujer

encinta abuse del alcohol de forma que arriesgue la salud del hijo en gestación. La Comisión habría de estudiar también determinadas cuestiones referentes al diagnóstico prenatal.

En septiembre de 1983, dicha Comisión presentó su propuesta sobre las inseminaciones artificiales, siendo remitida a unas cincuenta instancias; entre ellas, organismos estatales y de administración local así como organizaciones no lucrativas, para que se expresaran sobre el particular. La propuesta produjo uno de los debates más vivos que se han dado en Suecia en los últimos años en la prensa, la radio y la televisión sobre una cuestión determinada. Después de la correspondiente elaboración por el Gobierno, la propuesta fue presentada al Parlamento en diciembre de 1984, que, luego de intensas discusiones pero por una gran mayoría, decidió que el 1° de marzo de 1985 entraran en vigor las nuevas normas legales sobre inseminaciones artificiales.

Así, desde el 1° de marzo de 1985, Suecia es el primer país del mundo en tener una legislación completa sobre la inseminación artificial. A continuación se hará una presentación más detallada de esa nueva legislación y de las reacciones que ha provocado.

2.1.2 INSEMINACION ARTIFICIAL POR ESPOSO (IAE)

Respecto a la IAE (inseminación artificial por esposo), los legisladores consideran esa actividad como una medida ginecológica más para remediar la falta involuntaria de hijos en una pareja. En resumen, la protección legal actual de los niños cubre también a los nacidos de esa forma. A fin de cuentas, el marido es el padre biológico de la criatura. Por lo demás, la nueva ley permite también a las mujeres que viven en condiciones similares al matrimonio, sin estar casadas, el empleo de la inseminación artificial). La cohabitación sin matrimonio es algo muy corriente en Suecia hoy día, calculándose que aproximadamente el 30% de los niños nacidos en ese país tienen progenitores que cohabitan sin estar casados entre sí. Una condición para que pueda tener lugar la inseminación es que el marido viva en el momento de realizarse ésta.

Respecto a las normas sobre la IAE no se ha producido ninguna reacción importante. Todo el mundo parece compartir la opinión de los legisladores sobre este particular. Cabe decir que esas actividades se realizan a una escala modesta

en Suecia pues en 1982 nacieron solamente cuarenta niños engendrados con dicho método.

2.1.3 INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE (IAD)

Los padres de un niño engendrado por IAD (inseminación artificial por donante) se encuentran aproximadamente en igual situación que los padres adoptivos. En ambos casos se trata de que al menos uno de los padres no es progenitor biológico del niño, con los problemas que ello puede implicar. La Comisión sobre Inseminaciones considera que existen razones de peso para establecer un paralelo en la mayor medida posible entre la adopción y la IAD. Un supuesto evidente para que se pueda permitir la IAD debe ser, pues, al igual que en la adopción, que se salvaguarden de forma satisfactoria los intereses y necesidades del niño.

En la nueva ley se comienza estableciendo el principio evidente en sí de que si un hombre ha consentido en que su mujer o cohabitante sea inseminada con espermatozoides de un donante, aquél será considerado como padre legal del niño y nunca podrá declinar esa responsabilidad. Al donante, por su parte, no se

le podrá imponer nunca ninguna responsabilidad por el niño. Con ello se establece un principio que parece ser aceptado por una opinión unánime en Suecia. Una norma legal similar existe en catorce estados federales de los E. U. A.

La IAD puede ser considerada como un método para ayudar, en ciertos casos, a familias que no pueden tener hijos debido a la esterilidad del hombre. De ahí que se permita en mujeres casadas o que cohabitan con un hombre en condiciones similares al matrimonio, prohibiéndose en mujeres que viven solas o en una relación lésbica. Esta prohibición que tiende a buscar lo mejor para el niño está basada en opiniones de psiquiatras y psicólogos infantiles en el sentido de que un niño necesita tanto la figura del padre como de la madre. Un niño que tiene que crecer con uno solo de ellos, ve -según eso- reducidas las posibilidades de crecer en condiciones favorables. Esta norma aún cuando no causó reacciones negativas de importancia, si recibió protestas de alguna organización feminista y del Partido Comunista, pero, por lo demás, su aceptación, en términos generales, ha sido unánime.

En la nueva ley se deja al médico la responsabilidad de realizar la evaluación médica de la pareja que pide la inseminación, así como la elección de donante. El médico ha

de determinar asimismo si es conveniente realizar la IAD, habida cuenta de las condiciones psico-sociales de la pareja/paciente.

La Comisión sobre Inseminaciones también propuso que la Comisión de Asuntos Sociales del municipio correspondiente llevara a cabo una investigación similar a la que se realiza para las adopciones; sin embargo, los legisladores no quisieron llegar hasta ahí. Al donante no se le deben exigir más requisitos que el de estar sano física y psíquicamente, no tener ninguna enfermedad hereditaria demostrable y tener una inteligencia normal. Sólo está permitido realizar la IAD en hospitales públicos y bajo la supervisión de médicos con título, especializados en ginecología y obstetricia. Esta norma legal tampoco ha causado grandes discusiones; la mayoría parece estar de acuerdo en que es correcta, entre otras cosas, para evitar el surgimiento de bancos de esperma sobre una base comercial, por ejemplo, del tipo de los existentes en Estados Unidos.

Una premisa para que pueda tener lugar la IAD es que el marido o cohabitante de la mujer haya dado su consentimiento por escrito para que la inseminación tenga lugar. Según la ley, el marido puede revocar ese consentimiento, que ha-

brá de ser guardado por el médico responsable, hasta el momento de realizarse la inseminación, Una vez efectuada ésta él se:á legal e irrevocablemente el responsable del niño nacido a razz de la inseminación.

La cuestión que despertó la mayor atención y que produjo las reacciones más fuertes en los debates públicos fue, sin duda, la del derecho de un niño engendrado por inseminación a conocer su filiación, esto es, a saber que nació por IAD y quién fue el donante. Hasta ahora esas actividades han sido llevadas con el mayor secreto posible, con la finalidad de que el niño no pudiera saber cómo fue engendrado. Además, todos los datos sobre el donante solían mantenerse en secreto, eso en la medida en que no eran destruidos. Otro tanto ocurre en el resto del mundo.

Pero, según los legisladores suecos, esta forma de ver las cosas ya no es aceptable, si se tiene en cuenta el bien del niño en gestación. A este respecto, como adujo la Comisión sobre Inseminaciones, y a falta de un seguimiento sobre esos niños, se debe tener en cuenta las investigaciones realizadas sobre las necesidades de los hijos adoptivos y su interés por conocer su origen biológico. Las investigaciones en ese campo en Estados Unidos, Canadá y Gran Bretaña muestran

que un hijo adoptivo siente una gran necesidad de conocer su filiación y que la posibilidad de averiguarlo tiene una gran importancia para su evolución.

En los trabajos preparatorios de la nueva ley se hace constar en un principio lo importante que es una actitud sincera y abierta por parte de los padres respecto al niño, pero no consideró reglamentar esta cuestión, resaltando, por el contrario, que el médico, en el asesoramiento psico-social que precede a la inseminación, debe tratar de que los futuros padres comprendan la importancia de esa apertura respecto al niño.

Debe hacerse notar que las opiniones divergen considerablemente en lo referente al derecho del niño a saber quién fue el donante. Entre las instancias que se expresaron sobre el particular fueron prácticamente tantos los que estuvieron a favor de que el donante permanezca en el anonimato como los que se manifestaron en contra. También en los debates públicos se dio una gran disparidad de criterios. Los partidarios del anonimato del donante, sobre todo los médicos dedicados a la IAD, señalaron entre otras cosas el riesgo de que lleguen a desaparecer de Suecia las actividades de inseminación en forma controlada si se suprime la protección del anonimato. Senci-

llamente, ya no se encontrarían donantes. Las parejas estériles se procurarían la IAD ilegalmente o se irían al extranjero para hacerlo. Otra razón a favor del anonimato es la de tener en cuenta al donante. Si, al cabo de muchos años, el joven llegara a buscarle, ello podría dar lugar a graves conflictos para ambas partes.

No obstante, para los legisladores suecos lo más importante es el bienestar del niño, y si se considera por regla general que éste debe poder averiguar que ha sido engendrado por IAD, entonces la mayoría de los argumentos hablan lógicamente a favor de que no se le excluya de los datos accesibles sobre la identidad del donante. Para poder asimilar tales datos sin sufrir daño alguno, parece ser necesario que el niño haya alcanzado ya una madurez suficiente, requisito que puede ser considerado como satisfecho, en general al llegar a los últimos años de la adolescencia. Los datos no deben ser entregados por el hospital antes de que el joven haya mantenido una entrevista con un asistente social o persona similar.

Mientras tanto, según la ley, para protección del donante, los datos sobre éste anotados en el hospital no podrán ser entregados a los padres del niño, ni a ninguna persona ajena.

Por lo demás, la nueva legislación sobre inseminaciones contiene una norma sobre la prohibición de introducir espermatozoides congelados en el país sin previo permiso de la Dirección Nacional de Salud Pública y de Previsión Social. Además, se prescribe que todo aquél que, contraviniendo la Ley sobre Inseminación, realice habitualmente o con fines lucrativos inseminaciones o proporcione espermatozoides para inseminación, sea condenado a multa o pena de cárcel. Esa norma, que no ha provocado comentario alguno en los debates públicos, tiene la finalidad de impedir que las actividades de inseminación sean realizadas de forma incontrolada.

2.1.4 PROPUESTAS SOBRE LA FERTILIZACION IN VITRO Y SOBRE LA "MATERNIDAD ALQUILADA"

La Comisión sobre Inseminaciones presentó en marzo de 1985 sus propuestas sobre la FIV y sobre las "madres alquiladas". El contenido de dichas propuestas es, en resumen, el siguiente:

La FIV se permite a las parejas unidas en matrimonio o que cohabiten en condiciones similares a las matrimonia-

les. Solamente se podrán usar los óvulos o el espermatozoide, respectivamente, de la pareja en cuestión. Así pues, se propone la prohibición de donar óvulos, es decir, que se extraigan óvulos de una mujer para ser trasplantados a la mujer estéril.

La Comisión propone asimismo que se prohíba donar espermatozoide en relación con la FIV, es decir recibir espermatozoide de una tercera persona donante.

La "maternidad alquilada" es un fenómeno que ha llamado la atención últimamente en Suecia. En los medios de comunicación social se ha asegurado que en los últimos años, ha habido tres mujeres en ese país que se han ofrecido para dar a luz niños de mujeres estériles. El procedimiento ha consistido en que una amiga íntima de la mujer estéril ha sido inseminada con espermatozoide del marido de esta última. Después del nacimiento, la amiga ha entregado la criatura a la mujer estéril. Todo ello ha tenido lugar en medio de un gran secreto y, por lo que se ha sabido, sin compensación económica.

Según la ley sueca, no debe ser posible conseguir hijos de esta forma si existe el ingrediente de la remuneración económica. Un requisito para que el procedimiento sea legalmente válido es que la mujer estéril adopte al niño de la

persona que le ha dado a luz y, según el derecho sueco, una adopción no se puede realizar si ha habido o se ha prometido retribución económica.

La Comisión considera que no se puede aceptar el comercio para obtener hijos, por eso, aunque no propone cambio alguno en la legislación actual que lo posibilite no prohíbe tampoco la "maternidad prestada", es decir, sin compensación económica, lo cual no implica que la Comisión considere deseable esa forma de maternidad.

Para terminar, la nueva legislación sueca sobre inseminaciones artificiales es la primera del mundo en abarcar esas actividades en su totalidad. Parte del principio de que el tener hijos no es un derecho humano incondicional y que, por ello, las actividades en cuestión sólo deberán ser permitidas en el supuesto de que se den las posibilidades necesarias para que el niño en gestación pueda crecer en condiciones favorables. Es de esperar que la nueva legislación pueda contribuir a crear esas premisas. Es posible que, a raíz de la entrada en vigor de la nueva ley, las actividades de la IAD (inseminación artificial por donante) se hayan visto reducidas en Suecia, al menos en un principio. No obstante, se tiene la esperanza de que las actividades que queden se realicen sobre

una base más sincera y abierta de lo que lo han sido hasta ahora. La meta debe ser que no se considere como algo "negativo" el haber sido engendrado por inseminación, sino que pueda ser completamente comparable con, por ejemplo, la calidad de hijo adoptivo. Por lo que respecta a estos últimos, en Suecia hace tiempo que se abandonó esa actitud de secreteo y rumorero de antaño, lo cual, según los investigadores en este campo, ha contribuido a que los hijos adoptivos sean más felices.

2.2 INGLATERRA (46)

2.2.1 ANTECEDENTES

Las implicaciones sociales, éticas y legales de los rápidos progresos experimentados en el campo de la fertiliza-

(46) The Warnock Committee. British Medical Journal, Volume 289 July 28, 1984, also Sherman Elias, MD, op. cit. and The Warnock Report. British Medical Journal, Volume 291. July 20, 1985.

ción y embriología humanas han sido objeto de creciente atención pública en el Reino Unido desde que se produjo el nacimiento del primer bebé probeta en 1978. En julio de 1984 se publicó el Informe emitido por un Comité Investigador creado por el Gobierno Británico en 1982 para examinar tales avances y sus implicaciones y para formular recomendaciones sobre la futura actitud oficial. El Comité Warnock, llamado así en honor de su presidenta Mary Warnock, emitió el reporte en el que se hacen sesenta y tres recomendaciones específicas: treinta y tres relativas a la creación de un organismo legal que regule los servicios clínicos y la investigación, siete recomendaciones relacionadas con el Programa de Infertilidad Nacional del Servicio de Salud y veintitrés referentes a nuevas leyes, incluyendo la creación de siete nuevos delitos.

Al perfilar los antecedentes de la investigación, el Informe señala que el nacimiento del primer bebé-probeta, resultado de la técnica de fertilización de un óvulo in vitro (literalmente, en un recipiente de vidrio) en julio de 1978, abrió nuevas perspectivas en el tratamiento de la infertilidad y en la ciencia de la embriología. Pero, al mismo tiempo, dio lugar a un estado de inquietud en la sociedad ante el progreso científico aparentemente no controlado que acarrearía nuevas posibilidades de manipulación de las fases iniciales del desarro-

llo humano. Para corregir este ambiente de intranquilidad y preocupación públicas se creó la Comisión de Encuesta en julio de 1982. Sus objetivos fueron valorar los recientes y potenciales avances médicos y científicos en relación con la fertilización y la embriología humanas así como determinar qué reglamentación y qué mecanismos de control habrían de aplicarse, teniendo en cuenta las implicaciones sociales, éticas y legales de tales progresos.

2.2.2 TRATAMIENTOS DE LA INFERTILIDAD

El Informe al referirse al enfoque y organización actuales de los servicios dedicados al tratamiento de la infertilidad, considera que son poco satisfactorios y mal organizados. El Comité recomienda a las autoridades sanitarias que revisen las autorizaciones concedidas y que valoren la conveniencia de que se establezcan clínicas especializadas en infertilidad que trabajen en estrecha colaboración con otros servicios especializados, incluidos los dedicados al consejo genético.

El Informe revisa las diferentes técnicas existentes para tratar la infertilidad. Concluye que las técnicas de inseminación artificial (ya sea con esperma del marido o de un donante), la fertilización in vitro o la donación de un óvulo o de un embrión deben estar disponibles, aunque sujetas a estrictas normas de autorización y control, pero que la técnica de donación de embriones mediante lavado uterino (en la que las fases iniciales del desarrollo del embrión tienen lugar en el útero de otra mujer, de la cual es extraído mediante un lavado y transferido al de la futura madre) no debe utilizarse en el momento actual, en vista del riesgo que implica para la donante.

Se propone una serie de normas para la práctica adecuada de cada una de las técnicas aprobadas: anonimato de los donantes de semen y óvulos cuando hay una tercera persona involucrada; que aquéllos que deseen ser tratados por infertilidad dispongan de consejo, información, asesoramiento y posibilidad de diálogo; obligatoriedad de contar con el consentimiento escrito de ambos miembros de la pareja antes de iniciar el tratamiento; limitación de hasta un máximo de diez niños nacidos a partir del uso de gametos provenientes de un mismo donante (con el fin de reducir al mínimo las posibilidades de incesto entre dos personas engendradas mediante estas técnicas), y ne-

cesidad de que el niño sea informado con franqueza sobre su origen genético.

La Comisión recomienda una serie de modificaciones legales en relación con las nuevas técnicas; por ejemplo, un niño nacido como resultado de inseminación artificial por donante debe ser hijo legítimo del matrimonio cuyo marido ha autorizado el empleo de esta técnica; o bien, aquella mujer que dé a luz a un niño será considerada su madre, independientemente de que el nacimiento sea consecuencia de la donación de un óvulo o de un embrión.

Al referirse a un empleo más amplio de las técnicas aprobadas, el Informe recomienda que las parejas portadoras de un riesgo de transmisión de alteraciones hereditarias puedan también tener acceso a donaciones de semen, óvulos o embriones.

Cuando se considera la cuestión de la maternidad delegada (que consiste en que una mujer gesta un hijo para otra, con intención de entregárselo tras el parto), el Informe señala que existen graves objeciones morales y sociales en relación con este procedimiento. La delegación del embarazo tan sólo por conveniencia, cuando una mujer es capaz físicamente de gestar un hijo pero no desea pasar por un embarazo, es to-

talmente inaceptable desde el punto de vista ético. Incluso ante convincentes recomendaciones médicas, la mayoría de los miembros de la Comisión considera que en un gran número de casos el riesgo de explotación de un ser humano por otro sobrepasa con mucho los beneficios potenciales. La explotación - comercial de la maternidad delegada es objeto de especial preocupación y por ello es necesario elaborar una legislación que prohíba por completo la prestación de este tipo de "servicio" ya sea por organizaciones, comerciales o no, o por médicos a título individual.

Al analizar el tema de la congelación, almacenamiento y descongelación de gametos (óvulos y semen humanos) y embriones, el Informe no plantea en principio objeciones a la aplicación de estas técnicas para el tratamiento de la infertilidad. Recomienda continuar utilizando semem y embriones congelados pero, en ausencia de un método seguro y confiable de congelar y descongelar óvulos humanos, su empleo debe quedar proscrito hasta que la investigación demuestre que no trae aparejado un riesgo inaceptable. Con el fin de prevenir cualquier problema que pudiera derivarse del almacenamiento de gametos durante períodos prolongados, se recomienda realizar revisiones automáticas quinquenales de los depósitos de semem y embriones. Si un marido falleciera durante el período

de almacenamiento, la Comisión considera que debe desaconsejarse la fertilización póstuma. Recomienda también la fijación de un período máximo de diez años de almacenamiento de los embriones, transcurrido el cual el derecho a utilizarlos o disponer de ellos quedaría en manos de la autoridad responsable del depósito.

2.2.3 EMBRIONES HUMANOS E INVESTIGACION

Tras una descripción de las fases del desarrollo del embrión humano, el Informe discute el estado legal del embrión y los argumentos morales a favor y en contra de su empleo con fines de investigación. Se señala que el estado del embrión tiene el carácter de principio fundamental que ha de ser protegido por la legislación. La mayoría de los miembros de la Comisión considera que no debe prohibirse la investigación sobre embriones producidos in vitro. Los progresos logrados en el tratamiento de la infertilidad no se hubieran conseguido sin ella y es esencial acometer estudios ulteriores si se quiere continuar avanzando en la terapéutica y el conocimiento médico. No obstante, debido al estado especial de que goza el embrión humano, tales investigaciones deben quedar su-

jetas a estricto control y vigilancia. Las investigaciones efectuadas sobre embriones humanos obtenidos in vitro y el manejo de los mismos sólo deberán realizarse con autorización y, cualquier empleo no autorizado de un embrión constituiría delito. Puesto que la mayor parte de los expertos considera que el desarrollo individual del embrión se inicia quince días después de la fertilización, la Comisión recomienda que sólo se autoricen las investigaciones hasta el decimocuarto día después de la fertilización, inclusive, y que la máxima edad que debiera permitirse alcanzar a los embriones in vitro fuera también de catorce días.

Al discutir los posibles progresos futuros de las investigaciones, el Informe señala que hay determinados procedimientos y técnicas que conllevan la utilización de embriones humanos y que han originado gran intranquilidad entre el público. Aunque la mayoría de ellos no han alcanzado todavía la fase de aplicación práctica, es necesario tener ya en cuenta que se deben establecer ciertas limitaciones.

Al referirse a la técnica de fertilización inter-especies, una prueba en la que se utiliza esperma humano para fertilizar óvulos de hamster para el estudio de la hipofertilidad masculina, se recomienda que no se permita supe-

rar al producto la fase bicelular del desarrollo. Asimismo se recomienda que no se permita el empleo de embriones humanos para ensayar medicamentos, salvo a una escala muy reducida, en circunstancias muy especiales y bajo una vigilancia muy estricta, así como la transferencia de un embrión humano al útero de un animal de otra especie. El organismo responsable de la concesión de autorizaciones cuya creación se propone (véase más adelante) deberá disponer de facultades para decidir qué tipo de investigaciones pueden llevarse a cabo en los embriones humanos obtenidos in vitro, que sólo serían autorizadas en el caso de que la información perseguida no pudiera obtenerse mediante estudios sobre otras especies. Cualquier empleo de embriones fuera de estos criterios deberá considerarse como delito.

2.2.4 ORGANISMO LEGAL REGULADOR

El Informe considera que el interés público sobre las técnicas utilizadas en el tratamiento de la infertilidad y la investigación sobre embriones debe tener reflejo en el campo político. Todas estas técnicas exigen una regulación y un control activos. Por lo tanto, recomienda la creación de un

organismo legal responsable de las autorizaciones para regular la investigación y los servicios de infertilidad que deban estar sujetos a control. Este organismo legal deberá estar integrado por una representación pública importante y su presidente deberá ser una persona lega en la materia. El nuevo organismo deberá tener dos funciones diferentes, una consultiva y otra ejecutiva. En su faceta consultiva proporcionará orientaciones generales a quienes trabajan en este campo acerca de la metodología adecuada para el funcionamiento de un servicio de infertilidad y lineamientos a seguir para llevar a cabo investigaciones que se consideren éticamente aceptables; también deberá brindar asesoramiento al Estado sobre temas concretos que puedan surgir. Su función ejecutiva sería la concesión de licencias a los interesados en proporcionar tratamiento contra la infertilidad y a los investigadores que quieran trabajar con embriones y gametos humanos. El citado organismo deberá contar con un equipo de inspectores que realizarán controles periódicos en los locales donde se llevan a cabo estas tareas.

2.2.5 RECOMENDACIONES ESPECIFICAS

Específicamente, las recomendaciones del Comité Warnock son las siguientes:

EL ORGANISMO LEGAL REGULADOR Y SUS FUNCIONES

- (1) Deberá crearse un organismo legal facultado para conceder autorizaciones para investigación y para reglamentar los servicios de infertilidad que deben estar sujetos a control.
- (2) Debe haber una representación substancial de legos en el organismo legal para regular la investigación y los servicios de infertilidad y el presidente debe ser una persona lega.
- (3) Todos los practicantes que ofrezcan los servicios que hemos recomendado que solamente sean prestados bajo licencia, y todos los establecimientos usados como parte de tal suministro, incluyendo el abastecimiento de semen fresco y bancos de almacenamiento de huevos humanos congelados, semen y embriones, serán autorizados por el organismo legal regulador.
- (4) La inseminación artificial por donante (IAD) estará disponible sobre una base debidamente organizada y sujeta a las disposiciones descritas en la recomendación 30, para aquellas parejas infértiles para quienes pudiera ser apropiada. La provisión de IAD sin una autorización para ese propósito será un delito.
- (5) El servicio de fertilización in vitro (FIV) continuará disponible sujeto al mismo tipo de autorizaciones e inspección como hemos recomendado en relación con la regulación de la IAD (ver capítulo cuarto).
- (6) La donación de óvulos es una técnica aceptada y reconocida para el tratamiento de la infertilidad sujeta al mismo tipo de autorizaciones y controles como hemos recomendado para la regulación de la IAD y la FIV.
- (7) La donación de embriones acompañada de semen y óvulos donados fertilizados in vitro es aceptada como un tratamiento para la infertilidad, sujeta al mismo tipo de autorizaciones y controles como hemos re-

comendado en relación con la IAD, FIV y la donación de óvulos.

- (8) La técnica de la donación de embriones mediante lavado uterino no será usada actualmente.
- (9) El uso de óvulos congelados en procedimientos terapéuticos no será llevado a cabo hasta que la investigación haya mostrado que no existe riesgo. Esto será materia de revisión por el organismo legal regulador.
- (10) El uso clínico de embriones congelados puede continuar para su desarrollo bajo revisión del órgano de autorizaciones.
- (11) La investigación dirigida de embriones humanos in vitro y el manejo de tales embriones será permitida sólo bajo autorización.
- (12) Ningún embrión humano obtenido por fertilización in vitro, ya sea congelado o descongelado, puede ser conservado con vida si no es transferido a una mujer más allá de los 14 días después de fertilizado ni puede ser usado como materia de investigación más allá de los 14 días después de fertilizado. Este período de 14 días no incluye ningún tiempo durante el cual el embrión puede ser congelado.
- (13) Como método debe obtenerse el consentimiento para usar o disponer de embriones sobrantes.
- (14) Como resultado de una buena práctica no se llevará a cabo ninguna investigación en embriones sobrantes sin el consentimiento de la pareja de la que el embrión fue generado, siempre que esto sea posible.
- (15) Cuando la fertilización inter-especie sea usada como parte de un programa reconocido para aliviar la infertilidad o en la evaluación o diagnóstico de la subfertilidad deberá estar sujeta a autorización y esa condición de otorgar tal licencia será que el desarrollo de cualquier resultado híbrido deberá terminar en la etapa bicelular.
- (16) Deberá pedirse al órgano de autorizaciones que considere la necesidad de un seguimiento en los niños

nacidos como resultado del uso de las nuevas técnicas incluyendo consideraciones sobre la necesidad de mantener un registro central de tales nacimientos.

- (17) La venta o compra de gametos humanos o de embriones sólo será permitida bajo autorización y sujeta a las condiciones fijadas por el órgano de autorizaciones.

PRINCIPIOS GENERALES

- (18) Como resultado de una buena práctica cualquier tercero que done gametos para tratamientos de infertilidad deberá ser desconocido para la pareja, antes, durante y después del tratamiento e igualmente el tercero deberá desconocer la identidad de la pareja que es ayudada.
- (19) Habrá asesoramiento disponible para todas las parejas infértiles y para los terceros en cualquier etapa del tratamiento, ambos como una parte integrante de las funciones del NHS (National Health Services) y en el sector privado.
- (20) En el caso de formas más especializadas en el tratamiento de la infertilidad deberá obtenerse el consentimiento formal de la pareja, siempre que sea posible, antes de que el tratamiento sea empezado, como resultado de una buena práctica. El consentimiento formal deberá ser obtenido en un formato apropiado para consentimiento.
- (21) El consentimiento formal por escrito de ambos cónyuges deberá, como resultado de una buena práctica, siempre ser obtenido antes de que el tratamiento de IAD empiece. Un formato para consentimiento deberá ser usado y explicado ampliamente a ambos cónyuges.
- (22) Al presente, hay un límite de 10 niños que pueden ser engendrados por un mismo donante.
- (23) En los casos en que los consultores se rehúsen a proporcionar tratamiento, ellos siempre darán al paciente una explicación completa de las razones.

- (24) Los números del NHS de los donantes serán checados por las clínicas en las que ellos hagan sus donaciones contra la lista de la nueva central de los números de NHS de donantes existentes, la que se conservará separada del registro de donantes del NHS.
- (25) Habrá un movimiento gradual hacia un sistema en el que a los donantes se les cubran sólo sus gastos.
- (26) En relación con la donación de óvulos los principios de una buena práctica que ya hemos considerado en relación con otras técnicas deberán ser aplicados, incluyendo el anonimato de la donante, limitación del número de niños nacidos de los óvulos de cualquiera donante a diez, apertura con el niño acerca de su origen genético, disponibilidad de consejo para todas las partes y el consentimiento informado.
- (27) Será una práctica aceptada ofrecer gametos donados y embriones a aquellos con riesgo de transmitir enfermedades hereditarias.
- (28) Todo tipo de equipo de selección de sexo "hágalo usted mismo" deberá ser llevado dentro del ámbito de control previsto en el Acta de medicinas con el propósito de asegurar que tales productos son seguros, eficaces y de una norma aceptable para su uso.
- (29) Continuará el uso de semen congelado en inseminación artificial.
- (30) Cada cinco años habrá automáticamente revisiones de depósitos de semen y óvulos.
- (31) Habrá un máximo de 10 años para el almacenamiento de embriones, tiempo después del cual el derecho para su uso o disposición pasará a la autoridad de almacenaje.
- (32) Cuando uno de los cónyuges muera su derecho para usar o disponer del embrión almacenado pasará al sobreviviente. Si ambos mueren ese derecho pasará a la autoridad de almacenaje.
- (33) Cuando no haya acuerdo entre los cónyuges el derecho para determinar el uso o disposición del em-

brión pasará a la autoridad de almacenamiento como si el período de diez años hubiera terminado.

PROVISION DE SERVICIOS

- (34) Habrá depósitos disponibles para la colección de estadísticas adecuadas sobre infertilidad y servicio de infertilidad.
- (35) Cada autoridad de salud deberá revisar sus establecimientos para la investigación y tratamiento de la infertilidad y considerar el establecimiento, separado de la ginecología rutinaria, de una clínica especializada en infertilidad con estrechas relaciones de trabajo con unidades especializadas, incluyendo servicios de asesores genéticos, a un nivel regional y suprarregional.
- (36) Cuando no sea posible tener una clínica separada, los pacientes infértiles deberán estar separados de otro tipo de pacientes ginecológicos, siempre que sea posible.
- (37) Se establecerá un grupo de trabajo a nivel nacional integrado por departamentos de salud central, autoridades sanitarias y aquellos que trabajan en infertilidad para redactar una guía detallada sobre la organización de los servicios.
- (38) Se considerará la inclusión de planes para servicios de infertilidad como parte de la siguiente ronda de las autoridades sanitarias sobre planes estratégicos.
- (39) La FIV continuará disponible dentro del NHS.
- (40) Una de las primeras tareas del grupo de trabajo cuyo establecimiento recomendamos en el artículo 37, será la de considerar cómo puede ser mejor organizado el servicio de la FIV dentro del NHS.

LIMITES LEGALES EN LA INVESTIGACION.

- (41) Al embrión humano se le proporcionará protección legal.

- (42) Cualquier uso no autorizado de un embrión fertilizado in vitro constituirá un delito.
- (43) La legislación proveerá que la investigación pueda ser llevada a cabo en embriones que resulten de fertilización in vitro, cualquiera que sea su procedencia, hasta el término del décimo cuarto día después de su fertilización, pero sujeta a todas las restricciones que puedan ser impuestas por el órgano de autorizaciones.
- (44) Será un delito manipular o usar como objeto e investigación cualquier embrión humano fertilizado in vitro más allá del límite - por ejemplo, 14 días después de fertilizado.
- (45) Ningún embrión que haya sido usado para investigación será transferido a mujer alguna.
- (46) Cualquier uso no autorizado de fertilización interespecies que incluya gametos humanos será un delito.
- (47) La colocación de un embrión humano en el útero de otra especie para gestación será un delito.
- (48) El propuesto órgano de autorizaciones promulgará guías sobre los tipos de investigación, aparte de aquellos excluidos por ley, que será improbable que sean considerados éticamente aceptables en cualquier circunstancia y por eso no serán autorizados.
- (49) La compra o venta de gametos humanos no autorizada constituirá un delito.

CAMBIOS LEGALES

- (50) Los niños nacidos por IAD deberán ser tratados por la ley como hijos legítimos de su madre y de su esposo, cuando ambos hayan consentido en el tratamiento.
- (51) La ley deberá cambiarse para que el donante de semen no tenga derechos u obligaciones parentales en relación con el niño.

- (52) Siguiendo a la Comisión de Ley Inglesa, se presumirá que el esposo ha consentido en la IAD, a menos de que se pruebe lo contrario.
- (53) La ley deberá ser cambiada para permitir al esposo ser registrado como el padre.
- (54) La legislación proveerá que cuando un niño nazca de una mujer como consecuencia de la donación de un óvulo de otra mujer, la mujer que dé a luz, para todos los efectos, será considerada en la ley como la madre de ese niño y la donante del óvulo no tendrá derechos u obligaciones en relación con el niño.
- (55) La legislación propuesta deberá cubrir a los niños que nazcan de embriones donados (ver recomendaciones 53 y 54).
- (56) La legislación deberá considerar como delito la creación o la operación en el Reino Unido de agencias cuyos fines incluyan la contratación de mujeres para embarazos sustitutos o hagan arreglos para individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una madre sustituta; tal legislación deberá ser lo bastante amplia para incluir organizaciones lucrativas y no lucrativas.
- (57) La legislación deberá ser lo suficientemente amplia para considerar sujetos de delito a los profesionales y a otros, que sabiéndolo, ayuden al establecimiento de embarazos subrogados.
- (58) Se preverá por la ley que son ilegales todos los contratos de sustitución y por eso no tendrán fuerza legal en los tribunales.
- (59) La legislación proveerá que cuando una persona muera durante el período de almacenamiento o no pueda ser determinado en una fecha de revisión, el uso o disposición de los gametos de él o de ella deberán pasar a la autoridad de almacenamiento.
- (60) Deberán introducirse leyes para proveer que cualquier niño que nazca por IAE que no estaba en la matriz en la fecha de la muerte de su padre será incapaz para todos los efectos de sucesión y herencia de este último.

- (61) Se promulgará una ley para asegurar que no existan derechos de propiedad sobre los embriones.
- (62) Para los propósitos de determinar la primogenitura será el factor determinante la fecha y tiempo de nacimiento y no la fecha de la fertilización.
- (63) La legislación proveerá que cualquier niño nacido de FIV, usando un embrión que había sido congelado y almacenado, que no estaba en la matriz en la fecha de la muerte del padre, será incapaz para los efectos de sucesión y herencia de este último.

El reporte contiene tres expresiones de disenso.

2.2.6 INFORMES MINORITARIOS

La primera de ellas sostiene que la maternidad delegada puede ser beneficiosa en contadas ocasiones, como último recurso para una pareja. Por ello, ante tales circunstancias, no debería prohibirse a los ginecólogos la posibilidad de sugerir este método a sus pacientes. Sin embargo, para salvaguardar al máximo los intereses de todos los afectados y, muy especialmente los de los niños que vayan a nacer, son necesarios controles y precauciones rigurosos. Se recomienda que el propuesto organismo encargado de la concesión de autorizaciones tenga dentro de sus márgenes de actuación la maternidad delegada, y que cualquier servicio sin fines de lucro que desee cola-

borar en el logro de este tipo de acuerdos pueda ser autorizado por el organismo regulador.

El segundo informe particular disiente del principal en el uso de embriones humanos para investigación. Rechaza por inmoral cualquier utilización experimental de embriones humanos y establece que los embriones originados in vitro sólo podrán destinarse a su implantación en mujeres. Cualquier otro empleo debería considerarse delito.

La tercera opinión minoritaria, aunque no rechaza dedicar los embriones sobrantes de los procesos de fertilización a fines investigadores, sí se opone a la conclusión del Informe principal, que considera permisible la investigación con embriones creados con esta finalidad u originados como consecuencia de otro tipo de investigaciones.

2. 3 F R A N C I A (47)

Al igual que en otros países europeos, el Gobierno

(47) Periódico Excelsior. Primera Sección. 16 de diciembre de 1986. Pág. 3-A. México.

francés nombró un Comité que se abocara al estudio de las implicaciones de la inseminación humana artificial.

Dicho comité, con fecha 15 de diciembre de 1986 dio a conocer las conclusiones a que llegó después de un largo debate. En dicho Informe dictó una moratoria de tres años en las investigaciones para la realización de un diagnóstico en probetas. Prohíben toda búsqueda de formas tendientes a modificar artificialmente el género humano, el trasplante de embriones entre hombres y animales, el embarazo masculino así como la gestación completa en probeta. El Comité también se pronuncia contra la fecundación con vistas a obtener embriones para investigaciones y el trasplante de los logrados a partir de la congelación de óvulos humanos, pues estima muy grandes los desconocimientos en este campo. El Acta, de veinticinco páginas, se inclina también por la destrucción de las reservas de embriones obtenidos en probeta y admite sólo la congelación de algunos de ellos en centros especialmente reconocidos por la ley para tal efecto para asegurar el trasplante en ciclos posteriores al inicial o en caso de fracaso de ese primer intento. El comité llama, al mismo tiempo, la atención de las autoridades sobre la necesidad de una urgente legislación sobre la donación, filiación, y trasplante de embriones para evitar, entre otros males, el mercado negro y la comercialización del gi-

ro; la Ministra de Salud de Francia aprobó en nombre del gobierno las recomendaciones expuestas en el acta.

2.4 ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (48)

2.4.1 ANTECEDENTES

En Estados Unidos de América, a mediados de los años setenta se creó una Comisión Nacional para estudiar los experimentos en embriones, además se estableció el Comité consultivo de Etica del Departamento de Salud, Educación y Bienestar (ahora Departamento de Salud y Servicios Humanos) y más recientemente la Comisión propuso medidas estrictas para regular los experimentos en los embriones; el Comité Consultivo de Etica recomendó que la investigación relativa a la FIV siguiera adelante bajo condiciones similares y la Comisión del Presidente aceptó las recomendaciones del Comité de Etica sobre la fertilización in vitro y aunque dedicó poco tiempo a los otros m&

(48) Sherman Elias et al. Op. cit. and The Ethics Committee of the American Fertility Society. Op. cit. p.p. 7-15.

todos de reproducción sin sexo, dicha Comisión recomendó que en la inseminación artificial por donante, éstos deberfan ser protegidos durante su 'historia genética', conservándose registros de los nacimientos y de los exámenes realizados, debiéndose tomar medidas necesarias para asegurar el anonimato del donante para resguardarlo 'hasta el máximo que sea posible'. El Código Federal establece la necesidad de la aprobación del Comité Consultivo de Etica para la obtención de fondos federales destinados a la investigación en embriones, así que la desaparición de dicho Comité en 1979 significó desde entonces una moratoria de facto en dicho campo. Actualmente existe un Grupo de Trabajo sobre Terapia Genética (un subcomité del Comité Consultivo sobre la Recombinación del DNA de los Institutos Nacionales de Salud) pero no existe una comisión nacional comparable con los Comités Warnock o Waller, para desarrollar una política pública. Como en Australia pero no como en el Reino Unido, las leyes en relación con la paternidad y la reproducción son esencialmente leyes estatales. En consecuencia, la discusión sobre las respuestas legislativas apropiadas para los cambios sobre los métodos de reproducción sin sexo ya están en camino en muchos Estados.

Muchos de los países en que se ofrecen las nuevas técnicas de reproducción, a diferencia de los Estados Unidos,

tienen un servicio de salud nacional. Así en tales países puede adoptarse un sistema central para regular las nuevas técnicas de reproducción. En los Estados Unidos, donde existen infinidad de clínicas privadas para tratar la infertilidad así como instalaciones médicas académicas, no hay ningún mecanismo gubernamental central para regularlas. En este ambiente, hay un papel de guía natural para la organización profesional nacional conocida como la Sociedad Americana de Fertilidad.

Dicha Sociedad, en noviembre de 1984, nombró un Comité de Ética para que se encargara de estudiar la inseminación artificial y la fertilización in vitro y sus variaciones, tales como la maternidad subrogada, la donación de gametos, su congelación y almacenamiento, la manipulación genética, etc., contando entre sus miembros a expertos altamente especializados en cada una de las materias.

El Comité se reunió formalmente en ocho ocasiones y un miembro del Comité actuó como el autor principal responsable en cada uno de los temas. En septiembre de 1986 se publicó el Informe emitido por dicho Comité, en el cual se formulan las recomendaciones que el mismo considera que deben servir de guía para la práctica de las nuevas técnicas de reproducción sin sexo.

A continuación se presenta un extracto de dicho Informe en lo que se refiere a la legislación americana y las nuevas técnicas de reproducción.

2.4.2 LA LEY AMERICANA Y LAS NUEVAS TECNICAS DE REPRODUCCION

Ya que las leyes varían de un Estado a otro, no hay un planteamiento uniforme para regular la reproducción sin sexo. Para la formulación de los lineamientos a seguir sobre las nuevas opciones de reproducción, el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilidad tomó en cuenta el medio ambiente legal en los Estados Unidos que extraordinariamente caracteriza a este país comparado por ejemplo, con Australia e Inglaterra que también encaran la tarea de formular guías para la práctica de métodos alternativos de reproducción.

2.4.2.1 LEYES, JURISPRUDENCIA Y REGLAMENTOS QUE AFECTAN LA REPRODUCCION SIN SEXO

Un número limitado de leyes y reglamentos han sido desarrollados en relación con las nuevas técnicas de reproducción. Más comúnmente, las leyes y reglamentos promulgados para regular otras situaciones tales como la adopción o la inves-

tigación fetal, son aplicadas a los nuevos métodos de reproducción, aun cuando no fue éste su propósito original.

Los precedentes legales existentes que pueden afectar la reproducción sin sexo caen dentro de cuatro categorías: aquellas que se aplican a las técnicas en la etapa de investigación; las que establecen algunas de las responsabilidades del médico en su práctica clínica; aquellas que determinan las relaciones familiares entre la pareja, el o los niños y cualquier tercera parte donante o substituta que participa en la reproducción sin sexo y, aquellas que puedan afectar el pago a substitutas o donantes. A continuación se verá cada uno de ellos.

2.4.2.2 INVESTIGACION

- AMBITO FEDERAL

De acuerdo con la ley federal, cualquier institución que solicite fondos federales para llevar a cabo investigaciones en seres humanos debe haber nombrado un Consejo Revisor Institucional para comprobar que se cumpla estrictamente con las formalidades requeridas para proteger a los sujetos de

la investigación. (49). Aunque actualmente la investigación sobre reproducción sin sexo se lleva a cabo sin el apoyo federal, muchos de los centros médicos universitarios requieren que toda investigación realizada en seres humanos sea aprobada por un Consejo Revisor Institucional. (50). Además, algunos Estados tienen leyes que exigen que dichos Consejos sean establecidos. (51). Entre los problemas actuales que enfrentan dichos Consejos se encuentran los relacionados con el congelamiento de embriones y si la fertilización in vitro (FIV) debe emplearse cuando involucra a una madre gestante substituta que da a luz a un niño que genéticamente pertenece a otra pareja.

La reglamentación federal especifica lo que el Consejo Revisor Institucional debe considerar al conocer una solicitud para investigación. Aunque estos lineamientos fueron elaborados para cubrir investigaciones realizadas con fondos federales, cualquier Consejo Institucional deberá aplicar lineamientos similares a cualquier solicitud para realizar in-

-
- (49) United States Code. Title 42. "The Public Health and Welfare". Arts. 2891-3. (1982).
(50) Code of Federal Regulations. Title 45. Articles 46-101. et seq. (1984).
(51) New York Pub. Health Law. Articles 2440-6 (McKinney -- supplement 1984-1985).

investigaciones sobre las nuevas técnicas de reproducción. Dichos lineamientos señalan que la investigación debe ser planeada de manera tal que los riesgos sean mínimos y razonables en relación con los beneficios esperados, que la selección de los sujetos sea equitativa, que se obtenga el consentimiento informado de acuerdo a pautas específicas y que sea documentado y la información deberá ser controlada para asegurar la privacidad de los sujetos a la investigación así como que la información obtenida será secreta. (52). La reglamentación también prevé que existirá protección adicional en el caso de investigaciones sobre fertilización in vitro, tales como los criterios para la selección de los sujetos y la comprobación de los procesos para obtener el consentimiento. (53).

Existe también reglamentación federal que se refiere a las solicitudes para obtener fondos federales para la investigación en la FIV. Tal reglamentación prevé que ninguna solicitud o propuesta relacionada con la FIV humana podrá recibir fondos del Departamento (de Salud, Educación y Asistencia Social, ahora de Salud y Servicios Humanos) o cualesquiera otras variantes de la misma hasta que la solicitud o propuesta

(52) Code of Federal Regulations. Title 45. Art. 46.101 (a) - (1984).

(53) Idem. Art. 46.205 (a) (1984).

haya sido revisada por el Consejo Consultivo de Etica y el Consejo haya rendido su opinión por lo que respecta a su aceptabilidad desde un punto de vista ético. (54). En 1980 el Consejo Consultivo de Etica dejó de existir. En vista de que continúa la exigencia de que cualquier solicitud para investigación en esta área debe ser revisada, ha tenido lugar una moratoria de facto para obtener fondos federales para dichas investigaciones. Esta moratoria sólo impide conseguir fondos federales pero no limita o regula la investigación apoyada por otros medios y tampoco limita la aplicación práctica de la técnica de la FIV para el tratamiento de la infertilidad humana.

- AMBITO ESTATAL

A principios de 1973, numerosos Estados adoptaron leyes restringiendo o prohibiendo la investigación científica en fetos humanos porque se consideró que tales leyes eran necesarias para impedir se lucrara con fetos y para mantener el respeto a la dignidad humana. A la fecha, veinticinco Estados

(54) Code of Federal Regulations. Title 45 Art. 46.204 (a) - (1984).

han promulgado leyes que se aplican expresamente a la investigación fetal. (55).

Estas leyes no son, sin embargo, uniformes en su planteamiento para regular la investigación en fetos. Se clasifican desde leyes muy restrictivas, que prohíben cualquier tipo de investigación, hasta leyes que regulan con mínimas restricciones cualesquier tipo de experimentos sobre cualquier feto siempre y cuando la madre haya dado su consentimiento. Además, estas leyes varían bastante en relación a las condicio-

-
- (55) Arizona Revised Statutes Annotated Articles 36-2302 -
 (supplement 1982-83); Arkansas Statutes Annotated Articles
 82-436 to 441 (supplement 1983); California Health & Safety
 Code Article 25956 (West supp 1983); Florida Statutes Ann-
 Article 390.001 (6), (7) (West supp 1983); Illinois Ann -
 Statutes ch 38. Article 81, -32, -32.1 (Smith-Hurd supp -
 1983-84); Indiana Code Article 35-1-58.5-6 (1979); Kentucky
 Revised Statutes Ann Article 14:87.2 (West 1974) and -
 Louisiana Revised Statutes Ann Article 40:1299.35.13 (West-
 supp 1984); Maine Revised Statutes Ann tit 22 1593 (1980);
 Massachusetts Ann Laws Chapter 112 Article 12J (supp 1983);
 Michigan Compiled Laws Annotated Articles 333.2685-2692 -
 (1980); Minnesota Statutes Ann Article 145.421 to 422 --
 (West supp 1982); Missouri Ann Statutes Article 188.037 -
 (Verson suup 1983); Montana Code Annotated Article 50-20 -
 108(3) (1981); Nebraska Revised Statutes Article 28-242 -
 346 (1979); New Mexico Statutes Annotated Article 24-9 A-1
 et seq (1978); North Dakota Century Code Articles 14-02.2-
 2-01 to -02 (1981); Ohio Revised Code Annotated Article -
 2919.14 (Baldwin 1982); Oklahoma Statutes Ann tit 63 Article
 1-735 (West supp 1982-83); Pennsylvania Statutes ---
 Anotated tit 18 Article 3216 (1983); Rhode Island General
 Laws Article 11-54-1 (supp 1982); South Dakota Compiled -
 Laws Ann Article 34-23A-17 (1977); Tennessee Code Annotated
 Article 39-308 (supp 1982); Utah Code Annotated Article -
 76-7-310 (Allen Smith 1978); y Wyoming Statutes Article -
 35-6-115 (1977).

nes para su aplicación y la precisión y claridad con que sus disposiciones se consignan.

Muchas de las normas se refieren al producto obtenido como consecuencia de un aborto y no se pueden aplicar a la fertilización in vitro o al congelamiento de embriones y, su empleo en la transferencia de embriones después de un lavado uterino dependerá de si el término 'aborto' es interpretado o no en términos suficientemente amplios para llevar a cabo la extracción del embrión de la matriz, como sería necesario en tal procedimiento.

Igualmente, la mayoría de las leyes estatales existentes no definen quién es el sujeto de la investigación y por lo tanto no especifican si se extienden o no al preimplante de embriones. Sin embargo, en seis Estados sus leyes se refieren expresamente a la investigación con 'embriones'. (56). Las leyes de otros seis Estados usan términos que se definen en otra parte de sus estatutos u ordenamientos legales para incluir -

(56) Arizona Revised Statutes Ann Article 36-2302 (supp 1982 - 83); Michigan Compiled Laws Article 333.2685 (1980); -
 Massachusetts Ann Laws Chapter 112 Article 12; (a) IV -
 (supp 1984); North Dakota Century Code Article 14-02.02 to
 -02 (1981); Ohio Revised Code Ann Article 2919.14 (Baldwin
 1582); Rhode Island General Laws Article 11-54-1 (f) -
 (supp 1982).

cualquier producto de la concepción. (57). Consecuentemente, se puede interpretar que numerosas leyes pueden cubrir la investigación relacionada con embriones.

Dos de los ordenamientos mencionan o aluden a la FIV en sus definiciones. La regulación en el Estado de Minnesota específicamente define el concepto de humano como 'cualquier organismo humano, concebido ya sea en el cuerpo humano o producido en un ambiente artificial, desde su fertilización hasta los primeros doscientos sesenta y cinco días. (58) En el Estado de Nuevo México, la Ley sobre Experimentos en Madres, Fetos e Infantes define la 'investigación clínica' incluyendo la investigación relacionada con la FIV humana. (59). Sin embargo, estas disposiciones restringen las investigacio-

- (57) Kentucky Revised Statutes Ann Article 436.026 (1975) and Kentucky Revised Statutes Ann Article 311.720 (5) (6) (1983); Louisiana Revised Statutes Ann Article 14:878.2 (West 1974), Louisiana Revised Statutes Ann Article 40:1299.35.13 and Article 40:1299.35.1(2) (West supp 1984); Massachusetts Ann Laws ch 112 Article 12J (a) IV and Article 12K (supp 1984) (la Ley de Massachusetts usa el término 'embrión' en sus estatutos sobre investigación fetal); Missouri Ann Statutes Article 188.037 and Article 188.015-(5) (Vernon 1983); Oklahoma Statutes Ann tit 63 Article 1-735 and Article 1-830 (2) (1984); Pennsylvania Statutes Annotated tit 18 Article 3216 and Article 3203 (1983).
- (58) Minnesota Statutes Annotated Article 145.421 Subd 2 (West supplement 1982).
- (59) New Mexico Statutes Annotated Article 24-9A-1 D, K (1978).

nes en fetos que tengan uno o más signos vitales y, por lo tanto, no afectan actualmente el uso de la FIV.

Ya que la mayoría de las leyes estatales sobre investigación fetal se aplican solamente a productos obtenidos como consecuencia de un aborto, muchas no se aplican a la investigación en FIV y sus variantes. Sin embargo, las leyes sobre investigación fetal de por lo menos seis Estados incluyen disposiciones que prohíben la investigación en embriones vivos que no sean producto de un aborto. (60) Estas leyes podrían ser usadas para prohibir el empleo de algunas de las técnicas tales como el congelamiento de embriones o la donación de un embrión después de una fertilización in vivo.

De veinticinco leyes estatales sobre investigación fetal, diecisiete parecen cubrir la transferencia del embrión

(60) Maine Revised Statutes Annotated tit Article 1593 (West - 1980); Massachusetts An Laws ch 112 Article 12J (supp 1983); Michigan Compiled Laws Article 333.2685 to .2692 (West - 1980); North Dakota Century Code Article 14-02.2-01 to -02 (1981); Rhode Island General Laws Article 11-54-1 (supp - 1982); Utah Code Annotated Article 76-7-310 (1978).

después de la fertilización in vivo. (61) El lenguaje de estas leyes es suficientemente amplio para extenderse a embriones vivos y, aunque algunas leyes se refieren a los productos de un aborto, la definición de 'aborto' puede ser interpretada en una forma amplia para abarcar la técnica del lavado uterino.

Existen algunas leyes que pueden dar lugar a mayores restricciones en el uso de las nuevas técnicas de reproducción. Algunas de las normas estatales sobre investigación fetal incluyen disposiciones que prohíben la donación de fetos -

(61) Arizona Revised Statutes Ann Article 361-2302 (supp 1982-83); Florida Statutes Ann Article 81-436 to -441 (supp 1983); Indiana Code Article 35-1-58.5-6 (1979); Louisiana Revised Statutes Ann Article 14:87.2 (West 1974); Maine Revised Statutes Annotated tit 22 Article 1593 (West 1980); Massachusetts Ann Laws ch 112 Article 12J (supp 1983); Michigan Compiled Laws Ann Articles 333.2685 to .2692 (West 1980); Missouri Ann Statutes Article 188.037 (Vernon supp 1983); Montana Code Annotated Article 50-20-108 (3) (1981); Nebraska Revised Statutes Article 28-342, -346 (1979); North Dakota Century Code Article 14-02.2-01 to -02 (1981); Ohio Revised Code Annotated Article 2919.14 (Baldwin 1983); Oklahoma Statutes Ann tit 63 Article 1-735 (West supp 1982-83); Pennsylvania Statutes Annotated tit 18 Article 3216 (supp 1983-84); Rhode Island General Laws Article 11-54-1 (supp 1982); Utah Code Annotated Article 76-7-310 (1978); Ann Wyoming Statutes Article 35-6-115 (1977). Esta lista incluye estatutos que aplican específicamente a embriones y estatutos que omiten dar una definición de 'feto' o un término para referirse al objeto de la investigación y, puede interpretarse en el sentido de que incluye a los embriones fertilizados in vitro.

con propósitos de investigación o experimentación. En siete Estados el lenguaje usado es lo suficientemente amplio para restringir la transferencia del embrión, prohibiendo a la mujer que lo concibe donarlo a otra mujer. (62). Cinco de estas siete leyes estatales, la de Maine, Massachusetts, Michigan, North Dakota y Rhode Island, no limitan su protección a los fetos abortados y, entonces, adicionalmente pueden prohibir a una mujer congelar uno de sus embriones después de la FIV para ser usado por una segunda mujer.

2.4.2.3 REQUISITOS LEGALES PARA LA PRACTICA CLINICA

Quando un facultativo inicia la aplicación de un -

(62) Maine Revised Statutes Annotated tit 22 Article 1593 (West 1980); Massachusetts Ann Laws ch 112 Article 2J (a) IV (supp 1982); Michigan Compiled Laws Ann Article 333.2690 (West 1980); Nebraska Revised Statutes Article 28-342 (1979); North Dakota Century Code Article 14-02.2-02 (Allen Smith 1981); Rhode Island General Laws Article 11.54-2 (f) (supp 1982); And Wyoming Statutes Article 35-6-115 (1977). Bajo las leyes de Nebraska y Wyoming, esta disposición sólo aplica al uso de embriones abortados. No obstante, las técnicas de lavado usadas para recuperar un embrión fertilizado in vivo para ser transferido a otra mujer parece caer dentro de la definición de aborto. Así, las leyes de Nebraska y Wyoming parece que prohíben a una mujer que participe en una transferencia de embrión o en su congelación después de haber sido fertilizado in vivo pero no le prohibiría donar embriones sobrantes de los obtenidos in vitro.

procedimiento, tendrá que cubrir requisitos legales adicionales. Estos incluyen el cumplimiento de normas, jurisprudencia y el consentimiento informado del gobierno, leyes y reglamentos que requieren la presentación de un certificado de necesidad para construir o ampliar instalaciones en las cuales se presten los servicios y, el cumplimiento de algunas normas generales necesarias para evitar posibles juicios por negligencia. Además, algunas normas estatales incluyen la obligación de llevar y conservar registros o acreditar la necesidad del empleo de técnicas de reproducción específicas.

- CONSENTIMIENTO INFORMADO:

Un amplio mecanismo legal -consentimiento informado- protege a los participantes en las nuevas técnicas de reproducción sin importar qué tipo de institución o clínica preste el servicio y, sin importar si el procedimiento está en etapa experimental o es de práctica normal. La doctrina del consentimiento informado requiere que sean médico los que proporcionen la información a los pacientes para que ellos puedan aceptar o rechazar un procedimiento dado. Sin embargo, la habilidad del paciente para entender y decidir sobre la información presentada es grandemente influida por el formato, contenido y contexto de la presentación que el médico haga.

En general, las normas requieren que los médicos discutan la condición del paciente, la naturaleza, los riesgos o beneficios de los procedimientos para el diagnóstico o los tratamientos y la disposición, riesgos y beneficios de las alternativas. El consentimiento informado protege al paciente dándole la oportunidad de rechazar tratamientos que considere demasiado riesgosos. Los estudios empíricos también demuestran que la provisión de información puede ser benéfica física y psicológicamente para el paciente. Por ejemplo, las presentaciones realistas sobre la naturaleza del tratamiento propuesto, tal como la laparoscopia y los sentimientos concomitantes, aumentan la capacidad del paciente para ajustarse a la presión del procedimiento notándose también una disminución en la aplicación de medicamentos y del período de recuperación.

La provisión de información es también clave en relación con los riesgos genéticos. Se han iniciado juicios contra médicos por parte de padres niños nacidos con alteraciones genéticas, en los que se reclama que los médicos no les advirtieron sobre dichos riesgos, lo que les hubiera permitido decidir evitar o llevar adelante el embarazo. En adición a estos "nacimientos erróneos", los juicios iniciados por los padres en nombre del niño afectado, juicios conocidos como de "vida errónea" ya han tenido éxito en algunos Estados. Estos prece-

dentes legales se aplicarán también en los casos de embarazos logrados a través de las nuevas técnicas de reproducción.

- REGLAMENTACION SOBRE METODOS ESPECIFICOS DE REPRODUCCION MEDICA ASISTIDA:

En adición a las disposiciones generales que regulan la práctica médica y de investigación (tales como las Leyes del Consejo Revisor Institucional, la Doctrina del Consentimiento Informado y el Certificado Legal de Necesidad) que pueden ser aplicadas a las nuevas técnicas de reproducción, hay normas específicas y reglamentación que han sido adoptadas para cubrir diversos aspectos de las técnicas de reproducción.

En Pennsylvania, se promulgó una ley que permite el empleo de la fertilización in vitro. (63). Esta ley dispone que cualquiera que realice fertilizaciones in vitro debe presentar reportes trimestrales al Departamento de Salud indicando los nombres de quien dirija y ayude en el procedimiento, el lugar en el que se realice la fertilización, nombres y direcciones de las personas o instituciones que patrocinan los procedimientos, el número de óvulos fertilizados, el número de em-

(63) Pennsylvania Status Annotated. Title 18, Article 3213 (e) (Supplement 1985).

briones destruidos o descartados y el nombre de las mujeres a las que se les implantó un embrión. Sin embargo, no es necesario proporcionar el nombre de los donantes y de los receptores de los gametos.

De los veintiocho Estados que han promulgado leyes para reglamentar la inseminación artificial por donante (IAD), en quince de esas leyes se exige que el médico que realiza la inseminación presente al Estado el consentimiento del esposo. Alrededor de la mitad de dichas disposiciones establecen que sea un médico o alguien bajo la supervisión de un médico quien realice la inseminación. (64). Las disposiciones de otros cuatro Estados especifican que el procedimiento debe ser llevado a cabo necesariamente por un médico. (65). En Georgia, a -

(64) Alabama Code Article 26-17-21(a) (supp 1984); Alaska Statutes Article 25.20.045 (1983) (refers to physician only); - Colorado Revised Statutes Article 19-6-106 (1978); Idaho - Code Article 39-5402 (supp 1984); Illinois Ann Statutes ch 40, Article 1453 (Smith-Hurd supp 1983-1984); Minnesota - Statutes Ann Article 257.56 (West 1983); Montana Code Annotated Article 40-6-106 (1981); Nevada Revised Statutes Article 126.01(1) (1983); New Jersey Statutes Ann Article - 9:17-44 (West supp 1984-1985); Virginia Code Article - 64.1.7.1 (1980) (se refiere a un médico); Washington Revised Code Article 26.26.050(1) (supp 1984-1985); Wisconsin Statutes Ann Article 891.40(1) (West supp 1982); Wyoming - Statutes Article 14-1-103(a) (1985).

(65) Connecticut General Statutes Ann Article 45-69g(a) (West - 1981); Georgia Code Annotated Articles 74-101.1, 74-9904 - (supp 1984); Oklahoma Statutes Ann tit 10 Article 553 (West supp 1983-84); and Oregon Revised Statutes Article 677.360 (1983).

quien realice la inseminación artificial por donante sin tener licencia médica se le castiga con una pena de hasta cinco años de prisión. (66).

Además, las leyes sobre IAD en los Estados de Ohio, Oregon y Nueva York, (67) prohíben que los portadores de enfermedades genéticas, anomalías genéticas o enfermedades venéreas sean donantes de esperma.

2.4.2.4 LEYES QUE REGULAN LAS RELACIONES ENTRE LAS PARTES

Cuando una substituta o un donante intervienen en la reproducción, surge la pregunta sobre la identidad de los padres legales del niño resultante. Aunque la mayoría de los Estados han intentado contestar esta pregunta en relación con -

(66) Georgia Code Annotated Article 74.101.1; Article 74-9904 (supp 1984).

(67) Idaho Code Article 39-5404 (supp 1984); Oregon Revised Statutes Article 677.370 (1981); New York Health Code Articles 21.03,21.05

el uso de los donantes de esperma, se ha hecho poco esfuerzo para reglamentar el uso de otras técnicas de reproducción.

- INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE (IAD)

Las normas predominantes que rigen las técnicas de reproducción cubren la inseminación artificial por donante (IAD). Estas normas, vigentes en más de la mitad de los Estados, determinan la paternidad al establecer que los padres legales son la receptora del esperma y su esposo que consiente en la inseminación.

El objetivo principal de las leyes sobre inseminación artificial fue la aclaración del estado legal del niño en los juicios ante los tribunales. En los años cincuentas y sesentas, los tribunales tuvieron problemas para adaptar el procedimiento a las doctrinas legales tradicionales sobre legitimidad y paternidad. En un juicio ventilado en 1954 en Illinois, se sostuvo que una mujer que recurriera a la IAD, aún con el consentimiento del esposo, cometía adulterio. En Nueva York, en 1963, se sostuvo que un niño nacido por inseminación artificial por donante, con el consentimiento de su esposo, era ilegítimo.

En casos más recientes se ha sostenido que el empleo de la IAD no es adulterio ya que el donante puede estar a mil millas de distancia o muerto cuando el niño es concebido y, que el niño es legítimo.

Por ejemplo, en 1973, un Tribunal en Nueva York dictaminó: 'no sirve para nada estigmatizar al niño nacido a partir de una inseminación artificial por donante u obligar a los padres a llevar a cabo un procedimiento de adopción para conceder al niño así nacido el estado y los derechos de un niño concebido naturalmente'.

Dicho Tribunal condenó al esposo que consintió en la inseminación a mantener al niño. Los Tribunales nunca han señalado como responsable del cuidado del niño al donante del esperma; no es más responsable por el uso de su esperma que un donante de sangre o de riñón.

Para determinar la paternidad del niño concebido a través de inseminación artificial por donante, veintiocho Estados han adoptado normas declarando que el niño así nacido es el hijo legal de la receptora del esperma y de su esposo que

consiente. (68). Las normas de quince de estos veintiocho Estados explícitamente disponen que el hombre que dona el esper-

-
- (68) Alabama Code Article 26-17-21 (supp 1984); Alaska Statutes Article 25.20.045 (1983); Arkansas Statutes Ann Article 61-141 (1971); California Civil Code Article 7005 (West 1983); Colorado Revised Statutes Article 19-6-106 (1978); Connecticut General Statutes Articles 45-69f to -69n (West 1981); Florida Statutes Ann Article 742.11 (West supp 1984); Georgia Code Annotated Articles 74-101.1, -9904 (supp 1984); Idaho Code Article 39-5401 et seq (supp 1984); Illinois Ann Statutes ch 40 Article 1453 (Smith-Hurd supp 1983-1084); Kansas Statutes Annotated Articles 23-128 to -130(1981); Louisiana Revised Statutes Ann 188 (West supp 1984); Maryland Estates and Trust Code Ann Article 1-206(b) (1974); and Maryland General Provisions Code Article 20-214 (1982); Michigan Compiled Laws Annotated Article 333.2824 (1980) and Article 700.111 (1980); Minnesota Statutes Ann Article 257.56 (1982); Montana Revised Code Annotated Article 40-6-1-6 (1982); Nevada Revised Statutes Article 126.061 (1983); New Jersey Statutes Ann Article 9:17-44 (West supp 1984-1985); New York Domestic Relations Law Article 73 (McKinney 1977); North Carolina General Statutes Article 49A-1 (1976); Oklahoma Statutes Ann tit 10, Articles 551-553 (West supp 1983/1984); Oregon Revised Statutes Articles 109.239, .243, .247, 677.355, .360, .365, .370 (1983); Tennessee Code Annotated Article 53-446 (supp 1983); Texas Family Code Annotated Article 12.03 (Vernon 1975); Virginia Code Article 64.1-7.1 (1980); Washington Revised Code Ann Article 26.26.050 (West supp 1984-1985); Wisconsin Statutes Ann Article 767.47(9) (West 1981), Article 891.40 (West supp 1982-1983); Wyoming Statutes Article 14-2-103 (1978).

ma a una mujer que no es su esposa, no es el padre legal del niño. (69).

Aún en los Estados sin leyes al respecto, el esposo de la receptora del esperma se presumirá por la ley como el padre legal. Sin embargo, las presunciones legales no son suficientemente protectoras, porque no operarán si se puede demostrar que el esposo era totalmente incapaz de engendrar al niño. En 1981, antes de la promulgación de una ley que regulara la inseminación artificial por donante (IAD), un Tribunal en Illinois consideró una situación en la cual una mujer aparentemente acudió a la IAD y después tuvo relaciones sexuales con su esposo y con su amante el mismo día. Su amante entabló un juicio para que le declarara padre legal del niño. El Tribu-

(69) Alabama Code Article 26-17-21(b) (supp 1984); California - Civil Code Article 7005(b) (West 1983); Colorado Revised - Statutes Article 19-6-106 (2) (1978); Connecticut General Statutes Ann Article 45-69j (West 1981); Idaho Code Article 39-5405 (supp 1984); Illinois Revised Ann Statutes ch. 40 Article 1453(b) (Smith-Hurd supp 1984-1985); Minnesota Statutes Ann Article 257.56(2) (1982); Montana Revised - Code Annotated Article 40-6-106(2) (1983); New Jersey Article 9:17-44(b) (West supp 1984-1985), (a menos que la mujer y el donante hayan acordado por escrito lo contrario). Nevada Revised Statutes Article 126.061(2) (1983); Oregon Revised Statutes Article 109.239(1)(2) (1983); Texas Family Code Annotated Article 12.03(b) (Vernon 1975); Washington Revised Code Ann Article 26.26.050(2) (West supp 1984-1985) (a menos que la mujer y el donante hayan consentido por escrito lo contrario); Wisconsin Statutes Ann Article 891.40(2) (West supp 1982-1983); Wyoming Statutes Article 14-2-103(b) (1978).

nal sostuvo que la ley presumía al esposo como el padre y que su bajo conteo de esperma no era suficiente para refutar esa presunción. El juez no ordeno cierto tipo de pruebas porque creyó que éstas no indicarían al verdadero padre biológico.

- MATERNIDAD SUBROGADA

Las presunciones sobre la paternidad causan mayores problemas cuando se utilizan los servicios de una madre subrogada. En el caso de la maternidad subrogada, el esperma del esposo de la mujer infértil se utiliza para inseminar a una subrogada, quien lleva el embarazo a término y después entrega al niño a la pareja. Sin embargo, si la subrogada es casada, la ley presume que su esposo es el padre del niño. Aún más, las disposiciones sobre IAD en vigor en quince de los Estados determinan que un hombre que dona esperma a una mujer que no es su esposa, no es el padre legal del niño. Aunque el objetivo de estas disposiciones fue el de relevar al donante anónimo de esperma de la obligación de mantener al niño concebido con su esperma, las mismas normas crean una barrera en los casos en que se emplea a una subrogada en los cuales el donante del esperma sí desea tener la responsabilidad legal de mantener al niño.

Han habido casos ante los Tribunales para determinar la paternidad y la transferencia de la custodia en los casos en que interviene una madre subrogada. Irónicamente, se han creado situaciones en las cuales todas las partes -el hombre que provee el espermatozoides, su esposa infértil, la subrogada y su esposo- han acordado que la paternidad del padre biológico debe ser reconocida y que la pareja contratante debe tener la custodia, pero la ley no ha proporcionado un mecanismo rápido para alcanzar ese resultado.

En un caso en Michigan, un hombre cuyo espermatozoides se usó para inseminar a una subrogada inició un juicio fundándose en la Ley sobre Paternidad para obtener una declaración de su paternidad pero el Tribunal sostuvo que dicho estatuto no podía ser usado para determinar la paternidad de un niño nacido de una subrogada. El Tribunal Supremo de Michigan revocó la resolución del Inferior y sostuvo que la Ley sobre Paternidad permite a un padre buscar y obtener una resolución sobre su paternidad biológica, aún cuando los redactores de la ley no hubieran previsto específicamente los casos de maternidad subrogada.

Un Tribunal en Kentucky examinó qué tipo de prueba es necesario para determinar la paternidad cuando se utilizan

los servicios de una madre subrogada. Tomando en cuenta la fuerte presunción legal de que el esposo de la subrogada es el padre, el Tribunal determinó que 'la sola declaración jurada del empleo de la inseminación artificial sin otras pruebas positivas de no acceso y de grupo sanguíneo, no es suficiente para que dicho Tribunal asuma y declare al donante como el padre natural y biológico del niño'. El Tribunal no analizó si ese donante podía tener la carga de la prueba porque el caso no se había fundado en la Ley sobre Paternidad sino que se fundó en un Estatuto de Gobierno sobre la Terminación de Derechos de Paternidad.

- TRANSFERENCIA DEL EMBRION DESPUES DEL LAVADO UTERINO

Cuando el espermatozoides de un esposo es usado para fertilizar in vitro el óvulo de una donante y después el embrión es transferido a su esposa, hay pocos problemas legales para establecer que la pareja son los padres legales del niño. Lo mismo se aplica para la inseminación de una donante con el espermatozoides de su esposo, seguida de lavado uterino y de la transferencia del embrión. Ya que la ley reconoce a la mujer que da a luz como la madre legal, la esposa será considerada como la madre legal aunque ella no sea la madre genética. Hay una pequeña posibilidad de que la donante del embrión pueda persuadir a

un juez de que ella debe tener la custodia del niño ya que ella proporcionó la mitad del material genético, pero parece más probable que el juez analice el papel de la receptora que gesta al niño durante nueve meses para darle derechos superiores, particularmente en circunstancias en las que la donante haya firmado un consentimiento para rechazar al embrión. Aún más, a causa de la presunción legal, sería difícil para la donante iniciar un juicio.

- MADRES GESTANTES SUBSTITUTAS

En algunos casos de transferencia de embrión la pareja original que provee el embrión solicitará los servicios de una madre gestante substituta para llevar el embarazo a término y al nacimiento del niño les entregue su custodia. Este puede ser el caso cuando una madre genética no puede llevar a fin el embarazo, por ejemplo, a causa de una severa hipertensión o de una malformación uterina.

En algunos Estados, cuando se utilizan los servicios de una madre gestante substituta, los padres genéticos pueden tener dificultades para iniciar un juicio si la mujer que da a luz es considerada la madre legal. Sin embargo, en el caso del primer niño nacido vía maternidad gestante substituta

tuta, un Tribunal concedió a los padres genéticos el derecho a inscribir sus nombres en el acta de nacimiento para ser reconocidos como los padres legales.

2.4.2.5 PAGO A MADRES POR CONTRATO Y A DONANTES

Actualmente no hay leyes que expresamente prohíban el pago a donantes de gametos, aunque en algunos Estados se puede prohibir indirectamente el pago por óvulos (70) o esperma (71). Muchas de las normas estatales sobre investigación fetal incluyen la prohibición para vender o transferir embriones, las cuales pueden impedir en algunas situaciones el pago a donantes de embriones. Existen leyes en diez Estados que prohíben a una mujer vender fetos para experimentación y que -

(70) El lenguaje de la Ley de Virginia sobre trasplante de órganos parece ser lo bastante amplio como para prohibir el pago por óvulos (Virginia Code 321-289 [1985]). Asimismo, la Ley de California (California Penal Code 367f [c] [1] [West Supplement 1985]) parece prohibir pagos por óvulos. Ver "Reglamentación de la Venta de Organos Humanos" Virginia Law Revised 71:1015 (1985).

(71) Maryland Health-General Code Annotated 5-408 (a) (3) (Supplement 1985) (Una ley sobre trasplante de órganos puede ser lo bastante amplia para prohibir pagos por esperma).

emplean un lenguaje suficientemente amplio para interpretar que prohíben el pago a una mujer que transfiera un embrión después de una fertilización in vivo. (72). En contraste a las leyes recientes sobre investigación fetal que pueden prohibir el pago en relación con ciertas técnicas de reproducción, una ley recientemente adoptada en el Estado de Kentucky determina específicamente que las leyes que prohíben la venta de bebés no pueden estar elaboradas para prohibir la fertilización in vitro del óvulo de la esposa con el esperma del esposo. (73). Sin embargo, esto deja abierta la interrogante del pago a terceros. Las leyes de cuando menos veinticuatro Estados prohíben el pago a una madre biológica, con excepción de ciertos gastos enumerados, en razón de haber renunciado a su hijo

(72) Maine Revised Statutes Annotated tit 22 Articles 1593 - (West 1980); Massachusetts Ann Laws ch 112 Article 12J(a) IV (supp 1982); Michigan Compiled Laws Annotated Article 333.2690 (West 1980); Nebraska Revised Statutes Article 28-342 (1979); North Dakota Century Code Article 14-02.2-02 (1981); Ohio Revised Code Annotated Article 2914 (Baldwin 1983); Oklahoma Statutes Ann tit 63 Article 1-735A (West supp 1982-83); Rhode Island General Laws Article 11-54-1 (f) (supp 1982); Utah Code Annotated Article 76-7-311 (1978); y Wyoming Statutes Article 35-6-115 (1977). Nebraska, Ohio, Oklahoma y Wyoming cubren solamente embriones abortados.

(73) Kentucky Revised Statutes 199.590 (supp 1985).

para darlo en adopción. (74). En 1981 el Tribunal Supremo del Estado de Michigan interpretó esta disposición para prohibir el pago a una madre substituta.

Por el contrario, un caso más reciente decidido por el Tribunal Supremo del Estado de Kentucky en el año de 1986, sostuvo que el pago hecho por un padre biológico a una madre substituta que había sido inseminada con su espermatozoos no violaba las leyes que prohíben la venta de bebés. El Tribunal enfatizó la protección constitucional sobre la autonomía de las personas para decidir cómo nazcan sus hijos. Distinguió entre sustitución pagada y venta de bebés, estableciendo que ya que el hombre que contrata a la substituta es el padre biológico,

(74) Ver por ejemplo, Alabama Code Article 26-10-8 (1977); Arizona Revised Statutes Ann Article 8-126(c) (1974); California Penal Code Article 273(a) (West 1970); Colorado Revised Statutes Article 19-4-115 (1974); Delaware Code Ann tit 13 Article 928 (1981); Florida Statutes Ann Article 63.212(1)(b) (West supp 1983); Georgia Code Annotated Article 74-418 (supp 1984); Idaho Code Article 18-1511 (1979); Illinois Revised Statutes ch 40 Articles 1526, 1701, 1702 (1981); Indiana Code Ann Article 35-46-1-9 (West supp 1984-85); Iowa Code Ann Article 600.9 (West 1981); Kentucky Revised Statutes Article 199.590(2) (1982); Maryland Ann Code Article 5-327 (1984); Massachusetts Ann Laws ch 210 Article 11A (Michie/Law Coop 1981); Michigan Compiled Laws Annotated Article 710.54 (West supp 1983-84); Nevada Revised Statutes Article 127.290 (1983); New Jersey Statutes Ann Article 9:-54 (West supp 1984-85); New York Social Service Law Article 374(6) (McKinney 1983); North Carolina General Statutes Article 48-37 (1984); Ohio Revised Code Annotated Article 3107.10(A) (Baldwin 1983); South Dakota Codified Laws Ann Article 25-6-4.2 (supp 1983); Tennessee Code Annotated Article 36-135 (1984); Utah Code Annotated Article 76-7-203 (1978); and Wisconsin Statutes Ann Article 946-716 (West 1982).

Él tiene una relación con el niño y, así cualquier trato entre las partes no puede ser caracterizado como una adopción.

Posteriormente, el Tribunal hizo la diferenciación entre la subrogada y la venta de bebés, estableciendo que ya que el contrato se celebra antes de la concepción, el arreglo de sustitución no se hace para evitar un embarazo no deseado sino para 'ayudar a una persona o a una pareja que desesperadamente desea un niño, pero no son capaces de concebirlo en la forma acostumbrada para lograr una descendencia relacionada biológicamente'. El Tribunal razonó que el proceso de la madre subrogada 'no es biológicamente diferente a la situación inversa, en la que el esposo es infértil y la esposa concibe por inseminación artificial'.

Fijando el camino a seguir por otros Tribunales, el Tribunal Supremo de Kentucky aconsejó que 'los tribunales no deberían rechazar los beneficios derivados de los adelantos científicos simplemente porque causan problemas legales. Los problemas legales no son irresolubles'.

En el presente, las disposiciones federales y estatales no contemplan todos los aspectos relacionados con los ac-

tuales métodos de reproducción ni tampoco la diversidad de aspectos técnicos originados por ellos.

2.4.3 RECOMENDACIONES ESPECIFICAS

Los puntos y recomendaciones del Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilidad son:

- 1.- La evaluación ética debe mirar a la persona humana como "considerada integral y adecuadamente" y tomar en cuenta el hecho de que la persona es tanto individual como social.
- 2.- La base constitucional de la libertad procreadora es clara y substancial. Se puede considerar que ésta se extiende a las nuevas técnicas de reproducción médica asistida. Sin existir justificación, una ley que violara el derecho a reproducirse probablemente podría ser tachada de inconstitucional.
- 3.- De acuerdo con la Ley de los Estados Unidos, existe ya un mecanismo que promueve procedimientos médicos seguros, al mismo tiempo que salvaguarda la integridad de los participantes. Los principales son los Consejos Revisores Institucionales y los procedimientos para consentimiento informado.
- 4.- Muchos Estados no tienen leyes que regulen directamente las nuevas técnicas de reproducción, sin embargo en algunos Estados existen una variedad de normas que podrían aplicarse a estos nuevos métodos tales como las que rigen la experimentación fetal,

adopción, inseminación artificial y paternidad. Algunas de estas leyes son de fecha anterior a las nuevas tecnologías. Por esta razón es necesario que las actuales directrices profesionales no proyecten las restricciones legales del pasado a las técnicas reproductivas que se han puesto a disposición recientemente.

- 5.- Hay cuatro puntos principales que deben ser consideradas para llegar a un juicio ético sobre las nuevas técnicas de reproducción: (a) el grado de artificialidad en la nueva tecnología reproductiva, (b) el estado moral del preembrión, (c) el papel de la familia o linaje genético, y (d) el papel apropiado del gobierno. Los filósofos de la moral contemporánea han identificado respeto a la autonomía, bienestar y justicia como los tres principios éticos que sustentan los juicios morales. El comité es pluralístico en su teoría ética respecto a cada uno de estos principios como fundamentalmente importantes.
- 6.- Aún si hay protección legal para la libertad de procreación, puede haber limitaciones en el derecho moral a "fundar una familia". Estas pueden incluir la transmisión de enfermedad a la descendencia, falta de un cuidado prenatal adecuado, incapacidad para educar a los hijos y posible daño a la descendencia por el uso de la tecnología requerida, sobrepoblación y ausencia de matrimonio.
- 7.- Las nuevas técnicas originan consideraciones éticas sobre patentes en medicina reproductiva. El Comité está de acuerdo que, con la política actual sobre patentes, los médicos y científicos podrían patentar instrumentos, productos y mecanismos. Aunque la ley permite patentar procedimientos, el Comité recomienda que procedimientos tales como las operaciones quirúrgicas y otras técnicas terapéuticas y de diagnóstico, no deberían ser patentadas.
- 8.- Hay evidencia biológica suficiente de que, al menos en la octava etapa celular las características individuales no se han desarrollado. La primera dife-

renciación celular está relacionada a la interacción fisiológica con la madre, más que con la constitución del embrión mismo. Por esta razón, es apropiado referirse al ser en desarrollo en esta etapa como un preembrión. El término embrión se reserva para designar al ser que aparece en la segunda semana después de la fertilización y continúa su desarrollo.

- 9.- El desarrollo de la individualidad no se establece — hasta que se ha formado un eje embriónico. En etapas posteriores se desarrollan las características individuales de conducta, psíquicas y sociales teniendo cada una su estado legal. Por estas razones, parece razonable que el estado biológico del preembrión debe ser diferente del de los gametos o de las etapas embrionarias posteriores.
- 10.- El Comité encuentra que el preembrión humano no es una persona, pero tiene derecho a ser respetado porque está en potencia de convertirse en una persona. Este punto de vista limita las circunstancias en que un preembrión puede ser desechado o usado en investigación. El Comité recomienda que cada programa local establezca lineamientos claros para tomar decisiones.

TECNICAS DE REPRODUCCION

- 11.- Algunas de las nuevas opciones reproductivas incluyen la participación de terceros donadores de esperma, donadores de óvulos, de preembriones y las diversas formas de sustitución. Hay un Miembro del Comité que encuentra problemático involucrar cualquier tercera parte.
- 12.- El Comité está de acuerdo en que en el análisis razonado la fertilización in vitro (FIV) pesa más que los riesgos previsibles para la descendencia potencial, para la pareja y para la sociedad. El encuentro unánimemente que FIV básico es éticamente aceptable.

- 13.- El Comité también encuentra éticamente aceptable el uso de la inseminación artificial con el espermatozoide del esposo (IAE) para indicaciones médicas demostradas. El uso de IAE en casos dudosos o para selección de sexo deberán ser vistas como un experimento clínico, más que como práctica convencional.
- 14.- El Comité encuentra el uso de la inseminación artificial con espermatozoide de donante IAD éticamente aceptable.
- 15.- En forma semejante el Comité encuentra éticamente aceptable el uso de espermatozoide, óvulos y preembriones donados en los programas de FIV.
- 16.- El Comité encuentra que la técnica del lavado uterino para transferencia del preembrión está en etapa experimental por lo que su aplicación general es todavía prematura.
- 17.- El Comité encuentra éticamente aceptable la criopreservación del espermatozoide. Además el Comité recomienda que la Sociedad Americana de la Fertilidad dé los pasos iniciales para establecer normas de funcionamiento para los bancos de espermatozoide.
- 18.- El Comité encuentra que el estudio de la criopreservación es deseable y deberá ser fomentado, pero considera que los programas clínicos de criopreservación de huevos fertilizados y preembriones como están en etapa experimental por lo que su aplicación general es prematura.
- 19.- El Comité encuentra éticamente aceptable la investigación en el preembrión a fin de lograr nuevos conocimientos que no puede obtenerse de otra manera para beneficio de la salud humana.
- 20.- El Comité se opone al uso de la maternidad gestante substituta cuando no existan razones médicas. Reconoce sin embargo, que puede existir un papel para la gestación substituta en la medicina reproductiva.

va. Si la maternidad gestante substituta es usada, deberá ser como un experimento clínico. Por consiguiente la aplicación general de este procedimiento debe ser considerada como prematura.

- 21.- El Comité no está dispuesto favorablemente al uso de madres substitutas por razones no médicas. Sin embargo, cree que pueden existir razones médicas que justifiquen decisiones individuales y no tiene razones adecuadas para recomendar una prohibición legal del método de maternidad substituta. No obstante tiene serias reservas éticas acerca de la substitución y éstas no pueden ser completamente resueltas hasta que se tengan a la mano datos adecuados para la estimación de los riesgos y virtudes de esta alternativa. El Comité recomienda que si se sigue la maternidad substituta, deberá ser como un experimento clínico. Por tanto, la aplicación general de este procedimiento se considera como prematura.
- 22.- El Comité esta preocupado acerca de la seguridad en la calidad en el uso de tecnologías reproductivas. El Comité recomienda que la Sociedad Americana de Fertilidad, en unión con otros grupos profesionales públicos, deberán tomar la iniciativa para estimular la preparación, revisión de normas, provisión de informes y para alentar la vigilancia pública y profesional de las tecnologías reproductivas en marcha.
- 23.- El Comité reconoce la necesidad de continuar con un análisis de las políticas actuales para enfrentar el rápido avance de las nuevas técnicas de reproducción. Por esta razón el Comité recomienda que la iniciativa tomada por la Sociedad Americana de Fertilidad al poner en marcha este estudio e informe debe ser continuada a nivel nacional, preferiblemente en conjunto con otros grupos profesionales involucrados en la medicina reproductiva y recomienda que la Sociedad Americana de Fertilidad deberá buscar apoyo entre la comunidad biomédica en un esfuerzo por persuadir al Departamento de Salud y Servicios Humanos para que revise sus políticas y propor-

cione los fondos para promover la investigación de las alternativas de reproducción aprobadas.

2.5 AUSTRALIA (75)

2.5.1 ANTECEDENTES

La Comisión Australiana (Comité Waller) del Estado de Victoria fue, si se puede, más agresiva que su colega británica. Bajo la dirección del Profesor de Derecho Louis Waller, la Comisión presentó sus reportes en agosto de 1983 y agosto de 1984. En estos reportes se hicieron un total de cincuenta y cuatro recomendaciones, muchas de las cuales ya fueron plasmadas en las leyes relativas, tales como las que se refieren a la determinación del estado legal de los niños (mayo 15 de 1984) y sobre infertilidad (noviembre 2 de 1984). Estas disposiciones mantienen la prohibición australiana sobre la venta de tejidos humanos, incluyendo esperma, óvulos y embriones y,

(75) Victoria Committee to Consider the Social, Ethical and Legal Issues arising from In Vitro Fertilization. Report on donor Gametes in IVF. August 1983. Australia.
Idem. Report on the disposition of embryos produced by in vitro fertilization. August 1984. Australia.
Sherman Elias et al. Op. cit.

proscribe la clonación, la fertilización de un óvulo humano con un gameto animal, el uso de gametos infantiles, la mezcla de espermatozoides en la técnica de la inseminación artificial por donante y todas las formas comerciales de maternidad subrogada.

La legislación sobre infertilidad también establece un sistema de reglamentación estatal para el empleo de la IAD, FIV, congelamiento y experimentos en embriones, consejo a los participantes y la obligación de conservar archivos. Además, se crea un Comité Permanente para estudiar y reportar al Gobierno los nuevos desarrollos en este campo. Uno de los puntos todavía no considerados en Australia por el Gobierno o por el Comité Waller, por ejemplo es la transferencia de un embrión subrogado (El Comité Warnock recomendó que este procedimiento no debe ser empleado en la actualidad). La legislación sobre el estado legal del niño crea una presunción irrefutable de que la mujer que gesta un niño es la madre de ese niño.

Sobre el punto que ha recibido mayor difusión en la prensa -la disposición de embriones congelados-, los Comités Warnock y Waller tuvieron una divergencia considerable. La Comisión Waller recomendó que en ausencia de instrucciones específicas de los donantes de los gametos, los embriones conge-

dos y almacenados deberán ser destruidos a la muerte de los donantes en cuestión. El Comité Warnock recomendó que su destino será fijado por la disponibilidad de almacenamiento, es decir, tratándolos como equipaje no reclamado. Ya que existen problemas con 'ambas soluciones' la propuesta del Comité Waller parece ser más razonable, puesto que los intereses de los donantes de los gametos son superiores a aquellos sobre las facilidades de almacenamiento.

2.5.2 RECOMENDACIONES ESPECIFICAS

Específicamente, las cincuenta y cuatro recomendaciones hechas por el Comité Waller son las siguientes:

1. Se deberá permitir el uso de esperma donado en los programas de FIV en la comunidad de Victoria.
2. Igualmente, se permitirá el uso de óvulos donados.
3. El gobierno deberá iniciar un programa de información sobre las causas e incidencia de la infertilidad, con especial atención a aquellos aspectos que han conducido al desarrollo de los programas de IAD así como al uso de esperma y óvulos donados en los programas de FIV.

4. La información señalada en el párrafo anterior deberá ser incorporada dentro de un curso apropiado para estudiantes de secundaria.
5. Deberá haber información disponible para todas las parejas infértiles, lo bastante amplia como para que incluya aspectos éticos, sociales, psicológicos y legales que se relacionen con todos los tratamientos para infertilidad.
6. La información descrita en el párrafo anterior deberá ser traducida a tantos idiomas como sea posible.
7. Deberá darse asesoramiento antes, durante y después de la participación en los programas de FIV con gametos donados.
8. La pareja que intervenga en un programa de FIV con gametos donados deberá dar su consentimiento, debidamente registrado en un documento, antes de que el procedimiento tenga lugar. Deberá darse una copia del documento a la pareja y el original deberá ser conservado por el hospital.
9. Antes de que una pareja sea admitida en un programa de FIV que incluya el uso de gametos donados deberá haber tratado otros procedimientos médicos adecuados durante un período mayor de doce meses, que pudiera, en sus particulares circunstancias, superar su infertilidad.
10. La admisión a los programas de FIV con gametos donados deberá estar basada en un criterio de necesidad, tomando en cuenta no únicamente consideraciones médicas sino también consideraciones sociales y psicológicas.
11. La admisión de pacientes a los programas de FIV con gametos donados no los descalificará para ser admitidos o continuar en las listas de espera para adoptar.
12. Los donantes de gametos no recibirán pago alguno por su donación.

13. Se deberá prohibir la donación de gametos infantiles.
14. La selección de donantes se basará no solamente en consideraciones médicas sino también en consideraciones sociales y psicológicas.
15. Los donantes de gametos deberán recibir una amplia información y asesoramiento sobre las implicaciones de su donación.
16. Los donantes deberán llenar y firmar un documento en el que conste su disposición sobre el uso que se dará a los gametos donados y no se iniciará ningún procedimiento hasta en tanto no se haya llenado y firmado ese documento.
17. Los donantes de gametos podrán revocar su consentimiento hasta antes de que los gametos donados sean usados en un programa de FIV.
18. Cuando la pareja así lo solicite, se deberá permitir el uso de gametos provenientes de donadores conocidos. Se deberá dar un asesoramiento especial a los donantes y a la pareja.
19. Será ilegal solicitar o usar óvulos obtenidos de mujeres participantes en un programa de FIV a menos que hayan dado su consentimiento para donarlos antes de que el tratamiento sea iniciado.
20. El hospital deberá proporcionar información a la receptora sobre el esperma u óvulo donado pero sin identificar al donador.
21. El hospital deberá ofrecer información a los donantes de gametos sobre la receptora pero sin identificar a ésta.
22. El hospital deberá avisar al donante, si el donante así lo solicita, de cualquier éxito obtenido por el uso de los gametos donados pero sin identificar a la receptora.

23. La Comisión de Salud deberá establecer un registro central que contenga información comprensiva sobre donantes cuyos gametos hayan sido usados con éxito en los programas de FIV.
24. Cada hospital autorizado para llevar a cabo programas de FIV usando gametos donados deberá mantener su propio registro de todos los donantes cuyos gametos sean usados y, deberá informar regularmente a la Comisión de Salud de los detalles de los embarazos resultantes como consecuencia del uso de gametos donados.
25. La información en el registro central deberá estar exenta de las disposiciones señaladas en la Ley sobre la Libertad en la Información de 1982.
26. Será ilegal usar gametos donados en los programas de FIV de tal manera que puedan confundir a los interesados sobre los antecedentes genéticos de cualquier niño nacido como consecuencia de su uso.
27. Los hospitales deberán contar con una autorización expresa para usar gametos donados en los programas de FIV.
28. Los términos de la autorización deberán establecer que las objeciones de los doctores y demás personal en el hospital deberán ser tomadas en cuenta.
29. Las disposiciones del Anteproyecto de la Ley sobre Concepción Artificial de 1983 deberán ser corregidas para hacer claro que también aplican a los niños nacidos como resultado de esperma donado usado en los programas de FIV así como a aquellos nacidos como resultado de los métodos de IAD.
30. El Anteproyecto deberá ser enmendado para establecer el estado legal del niño nacido como resultado del uso de óvulos donados en los programas de FIV, y esta disposición deberá ser, tanto como sea posible, una copia de aquellas disposiciones que deter-

minan el estado legal del niño nacido como consecuencia del uso de esperma donado.

31. Se deberá permitir el uso de embriones donados en los programas de FIV que tengan lugar en el Estado de Victoria.
32. Será ilegal usar embriones donados excepto en los casos de parejas cuya infertilidad no pueda ser solucionada de otra manera o en los que la pareja pueda transmitir enfermedades hereditarias.
33. Cuando sea apropiado, la información y el consejo deberá prestar mayor atención a los problemas que puedan surgir por el uso de embriones donados en los programas de FIV.
34. Los gametos donados no deberán ser usados para crear embriones para ser donados a menos que cada donante haya dado su consentimiento expreso para tal uso.
35. Cuando se transfiera más de un embrión a un mismo tiempo, será ilegal que los embriones provengan de diferentes donadores.
36. Se permitirá el congelamiento de embriones provenientes de los programas de FIV.
37. La investigación y el desarrollo de las técnicas para congelar y almacenar óvulos deberán ser cuidadosamente estimuladas.
38. La congelación y almacenamiento de los embriones deberá realizarse únicamente en los hospitales autorizados para llevar a cabo programas de FIV, los cuales son autorizados especialmente por el Ministro de Salud.
39. Ningún hospital autorizado para llevar a cabo programas de congelación podrá mantener un banco o almacén con grandes cantidades de embriones congelados de los cuales pueda disponer como crea conveniente.

40. Deberá haber información y consejo disponibles sobre la congelación y almacenamiento de embriones para las parejas participantes en los programas de FIV.
41. Un embrión será congelado y almacenado si la pareja de la que provienen los gametos está de acuerdo con el procedimiento. El consentimiento deberá ser recabado en un documento apropiado en el que se establecerá claramente el propósito y la duración del almacenamiento.
42. La pareja de la que provienen los gametos no podrá vender o disponer indiferentemente del embrión.
43. La pareja deberá hacer sus decisiones sobre la disposición del embrión a ser congelado antes de que el procedimiento para almacenarlo se inicie.
44. Si la pareja conviene en que el embrión sea donado (en los términos establecidos en el Reporte sobre Gametos Donados en la FIV), será permisible, con su consentimiento, que el embrión sea almacenado hasta el siguiente ciclo reproductivo apropiado de la mujer que recibirá el embrión.
45. Cuando existan embriones congelados después de lograrse un embarazo viable, la anterior decisión de la pareja relativa a su disposición, deberá tener lugar tan pronto como sea posible.
46. Cuando una pareja consienta en un término largo de almacenamiento, el consentimiento será revisado después de cinco años y, entonces será renovado.
47. Se requerirá a la pareja que indique, a través del consentimiento informado, cuál será la disposición del embrión o embriones almacenado en caso de accidente, muerte o disolución del matrimonio.

48. En los casos de accidente, muerte o disolución del matrimonio, en los que no se haya hecho disposición alguna, el embrión o embriones congelados serán removidos del almacenamiento.
49. La investigación en embriones se limitará a los embriones producidos en exceso provenientes de parejas participantes en los programas de FIV.
50. El uso de un embrión para investigación se hará inmediatamente y en un proyecto vigente y aprobado en el que no se permitirá que el embrión se desarrolle más allá de la etapa de la implantación, la que se completa catorce días después de la fertilización.
51. Todas las investigaciones en embriones humanos será regularmente revisada por la Comisión de Salud o por un organismo permanente revisor y consultivo.
52. A ningún hospital autorizado para llevar a cabo programas de FIV se le permitirá realizar ningún arreglo comercial de maternidad substituta como parte del programa.
53. Bajo ninguna circunstancia en la actualidad, se llevarán a cabo contratos de substitución.
54. Se establecerá un cuerpo permanente revisor y consultivo que examine y revise todos los aspectos relacionados con el manejo científico y médico de la infertilidad y sus consecuencias.

2.6 MEXICO

Actualmente en nuestro país existen muy pocas normas que se refieran expresamente a la inseminación artificial y la fertilización in vitro, aunque es indudable que en el futuro deberá tener lugar una mayor y explícita reglamentación.

2.6.1 ASPECTOS CONSTITUCIONALES

La libertad de procreación es una garantía constitucional reconocida en nuestro país a partir del 1° de enero de 1975, fecha en que se promulgó un nuevo artículo Cuarto, derivado de la Conferencia Mundial de Población celebrada en Bucarest, Rumanía, en el mes de agosto de 1974, en la que se aprobó una nueva política demográfica en la que se tomó en cuenta en forma especial el papel de la mujer en el desenvolvimiento colectivo.

En efecto, hasta esa fecha la materia de dicho artículo lo constituían las facultades conocidas como libertad de trabajo, la protección de su producto y la regulación del ejercicio de las profesiones, todo lo cual se introdujo sin modificación alguna en el artículo 5° constitucional. A su vez el nuevo texto del artículo 4°, en rigor un artículo nuevo en el texto de la Carta Magna y, por lo tanto sin antecedentes constitucionales, representó una novedad en el panorama constitucional mexicano ya que sus disposiciones marcan tres aspectos no contemplados con anterioridad, a saber: la igualdad jurídi-

ca del varón y la mujer; la protección de la familia y, la libertad personal para decidir responsable e informadamente el número y espaciamiento de los hijos.

Si bien es cierto que la igualdad ante la ley es una garantía individual y un principio general consagrado desde el primer artículo de la Carta Magna, también lo es que en la interpretación social de tal concepto se admitía un tratamiento discriminatorio en perjuicio de la mujer. La redacción del nuevo artículo consagra la decisión política de eliminar tales prácticas discriminatorias hacia la mujer tanto en lo que se refiere a asuntos civiles y mercantiles o su nacionalidad y extranjería como lo relacionado con oportunidades y condiciones de trabajo, posición en la familia y trato social.

En cuanto a la protección de la familia su organización y desarrollo hasta antes de esta reforma estaban previstos en una serie de disposiciones de Derecho Civil, Laboral o Agrario pero, es en este nuevo precepto en el que se consagra por primera vez en forma expresa tal protección.

En su iniciativa de reformas el Ejecutivo expone que, en forma consecuente con la política demográfica adoptada

por México, a la que llama humanista y racional, el segundo párrafo del artículo en comento entiende el derecho a la procreación como una garantía personal, tal como lo asienta la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas suscrita en Teherán en 1968: "este derecho implica libertad, responsabilidad e información compartidas entre hombres y mujeres". El Estado y la sociedad, al establecer este derecho, garantiza las condiciones para hacer efectiva esa libertad de optar entre tener o no más hijos o tenerlos con mayor o menor frecuencia.

En relación con la libertad de procreación es necesario distinguir entre los actos destinados a evitar la procreación y los dirigidos a lograrla. El peso de un embarazo no deseado y del hijo nacido son considerados tan importantes que cualquier persona capaz tiene la libertad para hacer uso de los métodos anticonceptivos que determinen y evitar el embarazo, como se desprende del segundo párrafo del artículo en estudio; pero también para muchas parejas es de gran importancia tener hijos, no importando como ocurra.

La reproducción sexual está legalmente protegida no por el acto sexual en sí, sino por lo que éste hace posible: permite a la pareja unir el óvulo y el esperma a fin de tener

la posibilidad de criar un hijo de sus propios genes. El uso de técnicas artificiales, tales como la fertilización in vitro (FIV) o la inseminación artificial (IAE) para unir el óvulo y el espermatozoos necesarias por la infertilidad de la pareja, por tanto se encuentran también protegidas.

El Artículo citado en su párrafo segundo dice:

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

consagrando así la libertad, responsabilidad e información de las personas para determinar el número y espaciamiento de los hijos que deseen tener, lo que les permite hacer uso de los métodos que determinen para evitar un embarazo, asumiéndose también que el derecho de las personas para formar una familia ocurrirá sólo como resultado de un intercambio sexual.

Efectivamente, si el precepto constitucional permite a las personas hacer uso de los métodos que elijan para evitar un embarazo, debe entenderse que están facultadas para utilizar métodos artificiales para reproducirse, esto, con base en un razonamiento analógico, partiendo del principio estable-

cido ya en el derecho romano de que en todos aquellos casos en los que existe una misma razón, debe aplicarse la misma disposición. Así, si la libertad de procreación es estrictamente analizada, ésta se extiende a las actividades no sexuales esenciales para la procreación, las que incluyen las variadas técnicas hechas posible por la fertilización in vitro. Entonces, tendrán el derecho para crear, almacenar y que le sean transferidos embriones creados con el óvulo y espermia propios de la pareja y también obtener la ayuda de donantes o substitutas que provean los gametos o los medios necesarios para que la pareja pueda tener un niño genéticamente ligado por lo menos con uno de ellos o con ambos.

Ya que la pareja es libre, si es fértil, de procrear cuando y como ellos quieran, deben ser libres también para reproducirse con la ayuda de donantes o de una substituta. Si les donan un embrión, se están reproduciendo en el sentido de gestar y criar un niño, resultado usual de la reproducción sexual. En el caso de la substituta, la pareja estará criando un niño genéticamente ligado con uno de ellos o con ambos.

Es innegable que la reproducción sin sexo origina situaciones que requieren una definición precisa del derecho

constitucional de las personas para reproducirse artificialmente.

Quizás una de las preguntas más difíciles consiste en determinar si las parejas infértiles tienen algunos derechos morales sobre la sociedad, en su búsqueda de superar una infertilidad involuntaria u otras dificultades en su reproducción. La cuestión correlativa sería: ¿La sociedad en su más amplia expresión tiene alguna obligación moral frente a las parejas infértiles?

Si se acepta la noción de que la sociedad como un todo debe proporcionar voluntariamente sangre para transfusión u órganos para trasplante, entonces se puede aceptar la idea de que la sociedad como un todo debe alentar a sus miembros para que proporcionen gametos a parejas que son físicamente incapaces de producirlos. Esta obligación general de la sociedad, por supuesto, no sería aplicable a miembro alguno de la misma que conscientemente se oponga a la donación de gametos o a la celebración de contratos de maternidad substituta.

Si este deber es aceptado, la pregunta específica en el caso de la reproducción artificial será esta: ¿Las técni-

cas artificiales para reproducción de parejas infértiles, están incluidas dentro de la noción de un nivel adecuado de salud?

Es el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial el 6 de enero de 1987, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, el que da la respuesta al incluir en su capítulo IV a la "fertilización asistida", definiéndola como aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro, reglamentando además el procedimiento administrativo a seguir.

El argumento para el derecho a reproducirse sexualmente es claro en el caso de personas casadas, dada la tradición de la reproducción dentro del matrimonio y la importancia de la familia, pero puede ser usado también para personas no casadas o solteras, con fundamento en el mismo segundo párrafo del artículo constitucional citado.

Las personas no casadas o solteras también tienen necesidades o deseos de tener y criar descendientes biológicos y pueden ser tan buenos padres como las parejas casadas y pueden no querer casarse para satisfacer este deseo. Prohibirles la concepción con o sin coito parecería inconsistente ya que

una persona no casada o soltera no puede ser forzada a usar anticonceptivos, a abortar o a renunciar a criar un hijo nacido fuera de matrimonio.

La falta de una referencia constitucional explícita, no significa que sea ilegal o contrario a la ética para los médicos el tratar la infertilidad en personas solteras o asistir a su reproducción de cualquier otra forma. No existe en nuestro país impedimento legal alguno que prohíba la reproducción artificial de personas no casadas o solteras, por tanto, los médicos son libres legalmente de asistirles en la reproducción sin sexo.

La libertad personal para tomar decisiones dentro del matrimonio y la vida familiar es una de las libertades protegidas por el artículo Cuarto Constitucional. Si el derecho de privacidad significa algo, ello es el derecho del individuo, casado o soltero, para decidir en asuntos que afectan a la persona en forma tan fundamental como la decisión de parir o engendrar un hijo, incluyendo la reproducción póstuma.

En pocas palabras, los intereses y valores que soportan el derecho de reproducirse por medio de la cópula se deberán aplicar también a las técnicas artificiales de reproduc-

ción incluido el uso de embrión extracorporal así como la ayuda de donantes de gametos y de substitutas. Ambos métodos hacen posible para la pareja el criar un hijo que es el descendiente biológico de o que ha sido gestado por uno de ellos. Las personas no casadas o solteras tendrían también el derecho de reproducirse a través de la fertilización extracorpórea y asistencia de donante ya que su derecho a la reproducción por medio del coito es reconocido.

En conclusión, "entre un control natal autorizado para ser manejado por el Estado, y una libertad responsable (no podría existir en puridad otra libertad que no tuviera esta característica), para decidir el número y espaciamiento de los hijos, nuestro artículo 4° tajantemente opta por este último extremo de la alternativa, y crea la libertad de procreación (76)", por lo que debe entenderse que la norma faculta el empleo de los métodos de reproducción artificial.

Esto se corrobora con la promulgación de la Ley General de Salud, la cual entró en vigor el 1° de julio de ese

(76) Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. Tercera Edición. Editorial Porrúa, México, 1981. pág. 59.

mismo año, cuando por primera vez se establecieron algunos principios rectores sobre dicha cuestión, los cuales fueron precisados y clarificados en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987, que entró en vigor al día siguiente de su publicación, mismo que viene a llenar en parte la enorme laguna que hasta entonces existía.

Dicha Ley y su Reglamento significan un gran avance para regular las técnicas de reproducción artificial, mas sin embargo por tratarse de primeros intentos dichos Ordenamientos no efectúan una regulación exhaustiva. A continuación se hará un breve comentario de algunos de los artículos más relevantes.

2.6.2 LEY GENERAL DE SALUD

La Ley General de Salud contiene un título denominado Servicios de Planificación Familiar, cuyo artículo 67 remite expresamente al artículo Cuarto Constitucional confirmando la libertad de procrear consignada en ese precepto. El artícu-

lo 68, fracción IV señala que los servicios de planificación familiar comprenden, entre otros, el apoyo y fomento de la investigación en materia de infertilidad humana y biología de la reproducción humana, de lo cual se infiere que en nuestro país la reproducción humana por medios artificiales no está prohibida sino que al contrario, ya que dicha disposición claramente expresa que tales sistemas deben apoyarse y fomentarse.

A su vez, el artículo 466 impone una pena privativa de la libertad que va de uno a tres años o de dos a ocho años a aquél que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, según se produzca o no el embarazo como resultado de la inseminación. El segundo párrafo de dicho artículo preceptúa que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge, incumplimiento que carece de sanción y por el momento no existe disposición alguna que se refiera a las consecuencias legales en ausencia de tal consentimiento, por lo que cabe preguntarse, cuál entre otras cuestiones, será el estado legal del hijo así nacido. Lo anterior hace necesario que la legislación civil en materia familiar regule lo relativo a la filiación de los hijos nacidos a través de los nuevos métodos de re-

producción artificial, pues la presunción legal basada en que el hijo de la mujer casada es necesariamente del marido ha sido rebasada en dicho supuesto.

Cabe aclarar que el artículo 417 de dicha Ley prevé sanciones de tipo administrativo para el profesional que realice la inseminación sin haber obtenido el consentimiento del esposo.

2.6.3 REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DE SALUD EN MATERIA DE INVESTIGACION PARA LA SALUD

Por otra parte el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de enero de 1987, señala en su Título Segundo, Capítulo I, las disposiciones generales de ética a que deberán sujetarse las investigaciones que se realicen en seres humanos y en su artículo 20 señala que se entiende por consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investiga-

ción, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna, el cual deberá cumplir con los requisitos que en el mismo Reglamento se señalan.

Los artículos 40 del Reglamento en cuestión y 314 de la Ley General de Salud, establecen diversas definiciones que conciernen a la fertilización asistida entre las que destacan los conceptos de embrión, feto, mujeres en edad fértil, embarazo y la misma fertilización asistida, la cual divide en homóloga y heteróloga además de que específicamente también incluye la llamada fertilización in vitro, conceptos de importancia sobre todo en lo que se refiere a investigación fetal.

El artículo 41 del Capítulo IV denominado "De la Investigación en Mujeres en Edad Fértil, Embarazadas, durante el Trabajo de Parto, Puerperio, Lactancia y Recién Nacidos, de la utilización de Embriones, Obitos y Fetos y de la Fertilización Asistida", establece que las investigaciones en las que se incluyan a los sujetos a los que el mismo Capítulo IV se refiere, deberán cumplir, además de las disposiciones generales de ética con lo ordenado en los artículos 42 a 56 del mismo Capítulo.

Lo anterior confirma la idea de que las modernas técnicas de procreación se encuentran legalmente permitidas en el derecho mexicano, al regular específicamente el procedimiento administrativo a seguir y circunstancias en las cuales pueden ser utilizados.

Así tenemos que el artículo 43 del indicado Reglamento expresamente dispone que se requiere obtener carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario para someterse a las técnicas de fertilización asistida conforme a lo dispuesto por los artículos 21 y 22 del mismo Reglamento.

Los mencionados artículos 21 y 22 señalan los requisitos para que se considere existente el consentimiento informado, como son el del que sujeto de la investigación debe recibir una explicación clara, completa y comprensible sobre la justificación y objetivos de la investigación, los procedimientos a emplear y su propósito, molestias, riesgos o beneficios que puedan obtenerse, procedimientos alternativos, el derecho a recibir respuestas a cualquier duda así como la libertad de retirar su consentimiento en cualquier momento y dejar de participar en el estudio. También se establece que deberá asegu-

rarse la confidencialidad de la información relacionada así como la seguridad de que no se identificará al sujeto de la investigación, lo que nos permite inferir que con esta norma se protege también el anonimato de los donantes, cuya voluntad no es la de asumir una paternidad, sino únicamente hacer una donación de gametos o embriones.

Tal consentimiento debe formularse por escrito por quien esté a cargo de la investigación, el que deberá ser revisado y, en su caso, aprobado por la Comisión de Ética de la Institución de Atención a la Salud, debiéndose indicar, además, los nombres y direcciones de dos testigos y su relación con el sujeto de la investigación, extendiendo dicho consentimiento por duplicado, quedando un ejemplar en poder del sujeto de la investigación.

Pero, ¿qué sucede con los embriones obtenidos en forma extracorpórea que no son implantados en una determinada mujer? ¿Se pueden desechar? ¿Se pueden congelar para ser usados en futuras implantaciones? ¿Se pueden destinar a la investigación?

Parece que los artículos 52 y 55 del Reglamento analizado permiten la investigación en fetos, embriones y óbitos,

siempre y cuando las técnicas a aplicar proporcionen el máximo de seguridad para ellos y la embarazada, de acuerdo a lo dispuesto en el Título Décimo Cuarto de la Ley y en el propio Reglamento, sin hacer ninguna distinción entre embriones obtenidos in vivo o in vitro.

En el estado actual de nuestra ley parece que el destino final del embrión no utilizado en una implantación es la incineración a menos que se requiera para docencia o investigación.

Finalmente, el artículo 56 establece que la fertilización asistida es permisible cuando se aplica a la solución de problemas de esterilidad que no puedan ser resueltos de alguna otra manera debiéndose respetar siempre el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aún cuando difiera del punto de vista del investigador.

Visto que en nuestro país no se encuentra prohibida ni la inseminación artificial ni la fertilización in vitro, es conveniente se regule expresamente en la ley respectiva las variantes que dichos métodos conllevan debido a los múltiples problemas morales, legales y éticos que los mismos originan.

CAPITULO TERCERO

DESARROLLO DE ALGUNAS DE LAS INSTITUCIONES EN LAS QUE SE FUNDAMENTA EL DERECHO DE FAMILIA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Para poder determinar en qué grado han sido afectadas por la inseminación artificial las nociones positivas actuales del derecho de familia, es pertinente hacer un breve análisis sobre algunos de los conceptos que lo conforman.

Actualmente, es un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación. Puede haber acto sexual sin procreación, dados los métodos anticonceptivos y, puede haber procreación sin conjunción carnal.

Asimismo, un niño puede nacer de una mujer que no sea su madre desde el punto de vista genético, cuando un óvulo ajeno es fecundado e implantado en el útero de aquella que dará a luz.

Al inicio de este trabajo se mencionó que el concepto de artificialidad trastocaba a su vez el concepto de repro-

ducción, esto es, el acto sexual entre el padre y la madre deja ya de ser esencial para la concepción de un nuevo ser humano.

Las nuevas realidades surgidas del progreso de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley; las posibles respuestas pueden llegar a subvertir los axiomas sobre los que reposa nuestro sistema jurídico y que se mantiene constante desde hace siglos.

Esta transformación atañe al derecho de familia como se pondrá de manifiesto en este trabajo.

2. LA FAMILIA

La familia como base necesaria de las organizaciones sociales y, por lo tanto, fundamento mismo del Estado, al que históricamente precede, tiene una importancia capital.

Su evolución cubre un gran ciclo en la historia de la humanidad, atravesando por grandes cambios y, en su constante desarrollo, llega hasta nosotros desprovista de la rigidez y severidad que presentaba en la vieja organización romana, en la que se le consideraba como una unidad poderosamente ligada al padre de familia (*pater familie*) a quien se le atribuían poderes y autoridad extraordinarios, inclusive el derecho de vida y muerte sobre los miembros de ella.

Actualmente, en un sentido jurídico estricto la familia comprende sólo a los padres e hijos, con exclusión de los demás parientes. En su sentido amplio, la familia la constituyen todos los que descienden de un tronco común que abarca a los parientes en línea recta y colateral hasta el grado que cada legislación en particular va precisando.

Pero no siempre ha sido de esta manera. Como generalidades que pudiéramos anotar respecto al origen de la familia se encuentran las siguientes:

2.1. LA FAMILIA EN LA HISTORIA

Es en el año de 1861 (77) cuando se hacen los primeros estudios científicos sobre el origen de la familia, aún cuando muchas de las conclusiones a que se llegaron no están fundadas del todo en hechos reales.

Se suele sostener que en la sociedad primitiva, los seres humanos vivieron en promiscuidad sexual, de modo que cada mujer pertenecía a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres.

Como consecuencia de tal promiscuidad no hay posibilidad de establecer la paternidad, por lo que la filiación sólo podía comprobarse por la línea materna, motivo por el cual la mujer, como madre, disfrutaba de una posición social muy elevada.

(77) Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Ediciones Quinto Sol, S. A., Octava Edición. Agosto 1985. México.

Ló que es un hecho comprobado es la existencia de la llamada familia consanguínea. En esta etapa la familia abarca a todo el grupo social en el que todos los miembros del mismo están unidos por vínculos familiares. Estos "grupos conjugales", en los que no existe la idea de "pareja", estaban formados por sujetos pertenecientes a una misma generación y, el lazo de unión de una generación a otra es el parentesco, que puede ser por "consanguinidad lineal" (de padres a hijos) o "colateral" (entre hermanos) y, por "afinidad" (matrimonio, adopción, compedrazgo). (78).

Aun cuando se prohibía la unión de ascendientes con descendientes, el vínculo de hermanos y hermanas presupone en este período el comercio sexual recíproco. La filiación familiar es por línea materna.

De la familia consanguínea nace la llamada por Morgan (79) "familia punalúa". En este tipo de organización familiar se excluye a los hermanos y hermanas del comercio sexual recíproco. Este proceso se realiza poco a poco comenzan-

(78) Gómezjara, Francisco A. *Sociología*, Editorial Porrúa, S. A. Octava Edición. México 1981, pág. 114.

(79) Engels, Federico. Op. cit., pág. 33.

do, probablemente, por la exclusión de los hermanos uterinos (es decir, por parte de madre), al principio en casos aislados, luego, gradualmente, como regla general.

En esta forma de familia uno o más grupos de hermanas (mujeres pertenecientes a una misma generación dentro de una familia) se convierten en el núcleo de una nueva comunidad familiar y sus hermanos carnales en el núcleo de otra.

Como en toda forma de familia por grupos, es difícil saber con certeza quién es el padre, por lo que es claro que la filiación sólo puede establecerse por línea materna y, por consiguiente, sólo se reconoce la línea femenina.

En la siguiente fase se encuentra la llamada familia sindiásmica, en la que aparece ya la noción de pareja conyugal. El hombre vive con una mujer por un período más o menos largo, en el que se le exige a ésta la más estricta fidelidad, castigándosele cruelmente en caso de adulterio y, por el contrario, la poligamia y la infidelidad ocasional son un derecho para los hombres. El vínculo conyugal se disuelve con facilidad por cualquiera de las partes, quedando los hijos al lado de la madre, como en las etapas anteriores, cuando el padre es desconocido.

A pesar de lo anterior, con el matrimonio sindiásmico el grupo queda reducido a un hombre y una mujer e introduce en la familia un nuevo elemento: junto a la verdadera madre puso al verdadero padre.

Otros tipos de matrimonio históricamente comprobados que pueden considerarse como excepciones son la poligamia y la poliandria. En la familia poligámica el hombre mantiene vínculos jurídicos con varias mujeres y en la poliándrica, una mujer mantiene vínculos jurídicos con varios hombres. De hecho, la poligamia se ha limitado a la gente de posición elevada. Una excepción parecida es la poliandria, que florece en la India y el Tibet, nacida del matrimonio por grupos, en la que la mujer ejerce la autoridad y fija los derechos y obligaciones de los distintos miembros de la familia, sobre todo de los descendientes. Al no existir certeza de la paternidad, el parentesco se determina por la línea femenina.

La organización familiar que admite la exclusividad entre el hombre y la mujer, de tal manera que excluye respectivamente vínculos con otras mujeres y otros hombres es la "familia monogámica".

Nace de la familia sindiásmica y se funda en el poder del hombre. Su fin es procrear hijos cuya paternidad sea indiscutible, que se exige porque los hijos han de entrar un día en posesión de los bienes de sus respectivos padres.

La principal diferencia entre la familia sindiásmica y la monogámica es la solidez de los lazos conyugales, que ya no pueden ser disueltos sin antes cumplir con ciertos requisitos.

Es en Grecia en donde se encuentran los antecedentes más remotos de la nueva familia: la familia patriarcal monogámica. La mujer es para el hombre la madre de sus hijos legítimos, la que gobierna la casa y vigila a las esclavas, a quienes él tenía derecho de hacer, siempre que se le antoje, sus concubinas. La monogamia sólo es monogamia para la mujer.

El poder del hombre en la familia y la seguridad en la descendencia por motivos sucesorios fueron los objetivos de la monogamia abiertamente proclamados por los griegos.

Sin embargo, la familia monogámica y patriarcal no ha tenido siempre el carácter que los griegos le imprimieron.

Este tipo de familia tiene sus más profundas características entre los romanos.

En el derecho romano, la palabra familia se empleó en dos sentidos: en un sentido propio, familia o domus significó la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o "manus" de un jefe único y comprendía al "paterfamilias", a los descendientes sometidos a la autoridad paternal, a la mujer in manu que está en una condición análoga a la de una hija, a sus esclavos y, en general, cualquier persona que el pater acoja en la familia en la posición de hijos o nietos, ligados todos entre sí, no por vinculación de sangre, sino por la sumisión a la potestad del paterfamilias; esta relación respecto de un mismo jefe de casa se llama agnatio. La familia agnaticia está constituida por el conjunto de cosas y personas sujetas a un sólo jefe.

En un segundo sentido se encuentra la familia natural o cognaticia, esto es, el conjunto de personas que descienden por procreación de un mismo jefe de familia o antepasado común.

La primera tenía funciones esencialmente políticas

y económicas; la segunda fundamentalmente éticas. (80).

La constitución de la familia romana, así entendida, asienta Eugene Petit en su Tratado Elemental de Derecho Romano, (81) está caracterizada por el rasgo dominante del régimen patriarcal: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición de ésta y, puede también por la adopción, hacer ingresar a algún extranjero. Su poder se extiende hasta las cosas, todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único sobre el cual él sólo ejerce durante toda su vida, derechos de propietario.

Al estar organizada bajo un sistema estrictamente patriarcal, únicamente cuenta el parentesco por línea paterna.

2.2 LA FAMILIA EN EL DERECHO MODERNO

La doble concepción que del concepto de familia se

(80) Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano, Editorial Porrúa, - S. A., Sexta Edición. México 1982. pág. 79.

(81) Petit Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano. Traducido por D. José Ferrández González. Editora Nacional, Nove-na Edición. México 1971. pág. 96.

tuvo en el derecho romano, persiste hasta la actualidad y, como entonces, el término significa o el grupo de personas unidas por el vínculo de parentesco o bien el grupo de personas constituido por los esposos y los hijos que viven en un lugar común. Pero en la medida que la importancia política y económica de la domus desapareció, que el círculo familiar se ha ido estrechando y que el vínculo de parentesco ha perdido extensión, el concepto de familia ha quedado reducido a algo muy distinto del primitivo, además de que se encuentra ya desprovisto de la rigidez y severidad exageradas que presentaba en la vieja organización romana en la que se le consideraba como una unidad poderosamente ligada al padre de familia, en cuyo derredor giraba la vida de la misma y a quien se le atribuan poderes y autoridad extraordinarios, inclusive el derecho de vida o muerte.

Esta transformación ha sido menos profunda dentro del concepto estrecho de la familia, o sea, el que la considera integrada por los esposos y los hijos que viven en el hogar común, pues si bien es cierto que en la actualidad ya no forman parte del grupo familiar ni los siervos ni los esclavos a causa de que han desaparecido estas instituciones, el vínculo familiar ha quedado reducido a padres e hijos, con la circunstancia de que la autoridad del jefe se ha restringido conside-

rablemente y ha desaparecido la existencia del patrimonio único, con las características que presentó en la época de Roma.

Toda vez que en el Código Civil para el Distrito Federal no existe una definición jurídica de lo que debe entenderse por familia y, aún cuando algunos ordenamientos pretenden dar una definición como es el caso del Código Civil del Estado de Tlaxcala (82) o el Código Familiar del Estado de Hidalgo (83), éstas ofrecen serias objeciones y tal vez la más importante sea que excluyen a los miembros de la familia que no habitan el hogar común, por lo que es necesario recurrir a la doctrina.

"Según una respetable mayoría de los escritores (V.10) procede la palabra familia del grupo de los famuli (del osco famei, según

-
- (82) Artículo 27.- ... La familia la forman las personas que estando unidas por matrimonio o concubinato o por lazos de parentesco de consanguinidad, afinidad o civil, habitan en una misma casa y tengan por ley o voluntariamente, unidad en la administración del hogar.
- (83) Artículo 1.- La familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo.

unos; femel según otros, y según entender de Taparelli y De Greef, de famas, hambre. Fámulos son los que moran con el señor de la casa, y según anota Breal, en osco faamat significa habita, tal vez del sánscrito vama, hogar, habitación, indicando y comprendiendo en esta significación a la mujer, hijos legítimos y adoptivos, y a los esclavos domésticos, por oposición a los rurales (servi), llamando, pues familia y familia al conjunto de todos ellos". (84).
...

En Roma, la palabra familia desde los primeros tiempos comprende las personas y el caudal de la comunidad considerado el patrimonio como una totalidad (Webster y Valbuena), o sólo la res mancipi (Jhering), a distinción de la pecunia o res nec mancipi. Sohm considera elemento fundamental de la familia, los bienes; y si para la mayoría de los antiguos romanistas es la sangre la que especifica esta institución, desde Savigny el vínculo familiar hallábase fincado por la extensión de la potestas.
...

Por su parte el derecho germano da a la palabra familia un concepto más limitado que en el derecho de Roma. Ernesto Lehr dice que siempre en el derecho germano el parentesco es la única base que determina la institución familiar; siendo el matrimonio (institución sagrada y civil) el único origen de las relaciones familiares. Si la casa se compone de padre, madre e hijos, la familia en su más vasta significación (Sibbe, Sippschaft) era en un principio una reunión de casas procedentes de dos troncos y cuyos miembros vivos se hallaban entre sí.

(84) De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1981. págs. 1-2.

en determinadas relaciones jurídicas por la posición de sus respectivos jefes con relación al tronco común.

...

La literatura jurídico-legal de España, determina con precisión en el siglo XIII, el contenido de la institución (Part 7, 33, 6): entiende por familia al señor de ella, su mujer, sirvientes y demás criados que viven con él sujetos a sus mandatos. Se dice padre de familia al señor de la casa, aunque no tenga hijos, y madre de familia, la mujer que vive en su casa honestamente o es de buenas costumbres. Pi y Margall, al analizar el valor etimológico de la palabra familia dice que este vocablo es una traslación directa de la voz latina familia, que significa gente que vive en una casa bajo el mando del señor de ella."... (85).

Entre nosotros, Rojina Villegas estima que en un concepto amplio la familia está integrada por todos los que descienden de un antepasado común, incluyendo a los parientes en línea recta y colateral hasta determinado grado que cada legislación en particular señala para atribuirles las consecuencias legales propias del derecho de familia y, en un sentido estricto, abarca sólo a los padres e hijos, mientras éstos no contraigan matrimonio constituyendo una nueva familia y, concluye, que

(85) De Ibarrola, Antonio. Op. cit., pág. 4.

"la familia en el derecho moderno está determinada por virtud del matrimonio y del parentesco consanguíneo, comprendiéndose además de manera excepcional, el parentesco por adopción". (86).

Enrique Díaz Guíjarro, (87) en su Tratado de Derecho de Familia señala que ésta es

"la institución social permanente y natural compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual y de la filiación",

para explicar en seguida que:

"Esta definición contempla los dos elementos esenciales del núcleo familiar: El biológico y el jurídico. Parte del concepto esquemático expuesto por CICU, para quien "La familia es un conjunto de personas unidas por vínculo jurídico de consanguinidad o afinidad". De las palabras del maestro italiano, es fundamental la locución "vínculo jurídico"; y por eso la recogemos para señalar su diferencia con el vínculo bioló-

(86) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II. Derecho de Familia, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1980. pág. 29.

(87) Citado por Edgard Baqueiro Rojas. Derecho Civil IV. Sistema de Universidad Abierta, Facultad de Derecho. Manual I. "Derecho de Familia". Parte I. UNAM. pág. 50.

gico y proyectarla, en seguida, sobre la plenitud de las relaciones derivadas de la comunicación intersexual y de la filiación; fórmulas, que consideramos más precisas y comprensivas que la "consanguinidad y afinidad", situaciones en que hallamos sólo los efectos de la unión de los seres humanos y no ésta misma, que es la base de la constitución del núcleo y consiguiente causa de los vínculos familiares. Además, cuando decimos "vínculos-jurídicos emergentes de la relación intersexual", abarcamos tanto el matrimonio tradicional como el matrimonio anómalo o por equiparación introducido por la Constitución cubana en 1940 e imitado en otros países y todas las gradaciones que brinda el amparo del concubinato; tanto por la relación conyugal como el parentesco por afinidad que es su consecuencia. Y cuando expresamos "vínculos jurídicos emergentes de la filiación", involucramos tanto el nexo biológico -con sus varias categorías legales- como la adopción que lo suple por obra de la voluntad; tanto los lazos consanguíneos directos como los colaterales que son el resultado de aquellos".

La familia, escribe Fernando Fueyo Laneri (88)

"es una institución basada en el matrimonio que vincula a cónyuges y descendientes bajo fórmulas de autoridad, respeto y afecto con el fin de conservar, propagar y desarrollar la especie humana en todas las esferas de la vida".

(88) Citado por Rafael Rojina Villegas. Op. cit. pág. 24.

"La familia -dice JÖSSERAND- se extiende en sentidos diferentes más o menos comprensivos, que podrían representarse por círculos concéntricos de extensión variable. En sentido lato la familia engloba todas las personas unidas por un lazo de parentesco o de afinidad; se extiende hasta límites lejanos que nuestro derecho positivo (francés) establece en un duodécimo grado; en esta acepción descansa a la vez en la comunidad de la sangre, en el matrimonio y en la adopción. En un sentido mucho más restringido y muy diferente, designa la familia, las personas que viven bajo mismo techo: padre, madre, hijos, y, si hubiere lugar, nietos, y aun colaterales; se convierte entonces, o poco menos, en el sinónimo del hogar, de domus: este aspecto no es extraño al legislador: el bien de familia es el inmueble que cobija así a la familia en toda su extensión". (89).

"Por familia, escribe Roberto Ruggiero, se entiende un grupo amplio o un grupo restringido de personas; un grupo amplio cuando, prescindiéndose de los efectos jurídicos que el vínculo produce y pasando del límite impuesto por el derecho sucesorio (reducido actualmente del décimo grado al sexto), se comprenden en él todos los descendientes de un tronco común, y que llevan el mismo nombre gentilicio; otro más restringido cuando en él figuran los padres y sus descendientes inmediatos, y a veces de estas personas se toman en consideración sólo aquellas que viven en común". (90).

(89) Citado por Rafael de Pina Vara. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Tomo I, Décimo Tercera Edición, Editorial Porrúa, S. A. México 1983. pág. 303.

(90) Citado por Rafael Rojina Villegas. Op. cit., pág. 29.

Para Sara Montero Duhalt, conforme a nuestro derecho,

"constituyen la familia los cónyuges, los concubinos, los parientes en línea recta ascendente y descendente sin limitación de grado, ya sea surgidos dentro o fuera de matrimonio, los colaterales hasta el cuarto grado, los afines y el adoptante y el adoptado entre sí". (91).

Para Manuel Chávez Ascencio no basta definir a la familia como institución para entenderla, sino que hace falta precisar y señalar los elementos que la constituyen, considera

"que la familia es una institución de fuerte contenido moral, que constituye una comunidad humana de vida, que tiene una finalidad propia y supraindividual, para lo cual puede tener un patrimonio; que se integra con los progenitores (o uno de ellos) y con los hijos (incluyendo los adoptados) a quienes se pueden incorporar otros parientes o constituirse con parientes todos los cuales viven en un domicilio común, cuyas relaciones interpersonales y vínculos jurídicos se originan de los estados jurídicos como son: el matrimonio o el concubinato, la filiación y el parentesco";

finaliza diciendo que:

(91) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Porrúa. México 1985. pág. 9.

"En el Derecho se reglamenta la familia amplia. A título de ejemplo se observa cómo la patria potestad se extiende a los abuelos paternos y maternos (Art. 414, C.C.); en la tutela legítima se abarca a los hermanos y colaterales dentro del cuarto grado inclusive (Art. 483, C. C.); y en los casos de los dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios y los que habitualmente abusan de drogas enervantes, se establece la tutela legítima forzosa con cargo a los hijos, abuelos y hermanos del incapacitado (Art. 490, C. C.); en los alimentos tienen obligación de darlos los parientes en la línea directa ascendiente o descendiente sin limitación de grado, y los colaterales entre los hermanos.

A la familia nuclear se refiere también la ley y a esta familia, compuesta de padres e hijos, se refieren casi todos los artículos del Código Civil en esta materia, y también las diversas disposiciones que encontramos dentro de nuestra legislación pública o privada.

Desgraciadamente nuestro Derecho no comprende toda la diversidad de familias existentes. Sería de desearse una modificación a nuestra legislación para que todas esas relaciones evidentemente familiares, quedaran comprendidas y reglamentadas". (92).

Los códigos civiles de diversos países entre ellos el nuestro, presentan un aspecto desconcertante pues los preceptos relativos a la estructura y organización de la familia,

(92) Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A., México 1984, pág. 216.

no han sido agrupados orgánicamente bajo un rubro o título especial a causa de que los legisladores por regla general han tomado preceptos de otras legislaciones, aun cuando la fundamental consiste en el dominio de las ideas individualistas que inspiraron la redacción del Código Civil francés de 1804, pero es indudable que la organización familiar perdura y que la familia, con ley o sin ley, seguirá siendo la familia, por su --raíz, por su origen y porque la ley es impotente para imponer modalidades contrarias a la conciencia social.

De lo anterior se desprende que es difícil ubicar en una definición las diversas familias que hoy día existen y que pueden estar constituidas de diversas formas dependiendo de factores tan diversos como la cultura, la clase social, la época o el lugar; las hay que toman su origen en el matrimonio o en el concubinato; las que nacen de la adopción, las constituidas por madres solteras o por padres o madres abandonadas; las integradas por divorciados, etc. y, desde luego, las nuevas familias cuyos hijos han sido concebidos y nacidos a través de las nuevas técnicas de reproducción artificial.

Asimismo, hay autores que consideran que la única familia es la que se genera con el matrimonio, pero también

sus ascendientes y descendientes, así como otras personas unidas por vínculo de sangre o matrimonio o sólo civiles, a los que el ordenamiento positivo impone deberes y otorga derechos jurídicos.

El punto a determinar es el de si a raíz del empleo de las nuevas técnicas de reproducción estos conceptos de familia deberán cambiar.

¿Los donantes (de gametos y embriones) y las madres subrogadas pasarán a formar parte de la familia de la pareja receptora?

¿A qué familia pertenece el niño así nacido, a la de sus padres "biológicos", o a la de sus padres "sociales"?

Su uso obliga a replantear los conceptos de reproducción humana y cómo se piensa sobre ella, así como también obliga a enfrentar problemas tales como paternidad, legitimación, familia, identidad y parentesco.

hay quienes aceptan aquellas otras originadas fuera de él, clasificando a unas y a otras de legítimas o ilegítimas; otros agregan el elemento casa o la característica de la convivencia en común. Sin embargo, en un estudio sobre la familia no es conveniente limitarse a la familia amplia o restringida o la originada en el matrimonio o por relaciones diversas a éste y aun cuando nuestro derecho considera primordialmente aquélla que se origina en el matrimonio, su diversidad de formas hacen necesario un replanteamiento de lo que en derecho debe entenderse como familia y cómo se constituye o integra, partiendo de que al derecho le interesa la familia en general sin pretender incorporar en el ordenamiento legal los diferentes tipos de familia,

"de tal forma que al hablar de familia el concepto legal pudiera referirse a todas, entendiéndose por tal a la que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al prevenir que la ley 'protegerá la organización y el desarrollo de la familia'." (93).

Para finalizar, se puede afirmar que actualmente en nuestro Derecho la familia es un grupo formado por la pareja,

(93) Chávez Asencio, Manuel F. Op. cit., pág. 215.

3. PARENTESCO

3.1 EL PARENTESCO EN ROMA

Los romanos distinguían dos tipos de parentesco: civil o agnaticio y el natural o cognaticio.

El cognaticio es el parentesco que une a las personas descendientes unas de otras (línea recta) o que descienden de un mismo autor común (línea colateral), sin distinción de sexo. Es éste un parentesco que resulta de la misma naturaleza. (94).

La agnatio es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paterna, pues del paterfamilias dependía la composición de la familia, siendo libre de cambiarla a su arbitrio. (95).

(94) Eugéne Petit. Op. cit., pág. 96.

(95) Bravo Valdés, Beatriz y Agustín Bravo González. Primer Curso de Derecho Romano. Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S. A., México 1982, pág. 141.

La agnación es el vínculo que une a las personas que descienden por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad o que le estuvieran sometidos si aún viviera. También se encuentra la mujer in manu, que es loco filiae.

"En un principio el Derecho romano sólo reconocía el parentesco civil -agnatio- ya que entre cognados no existía ningún lazo jurídico. Sin embargo, dicho parentesco fue tomado en cuenta por el Derecho Civil en materia de impedimentos matrimoniales. Posteriormente, el Derecho honorario y la legislación imperial prestaron mayor atención al parentesco de sangre, hasta lograr su exaltación definitiva en el Derecho Justiniano". (96).

El parentesco se limita por la proximidad de las personas con respecto al tronco y la ley lo regula por la línea y el grado.

3.2 EL PARENTESCO EN EL CODIGO CIVIL

Tradicionalmente, en nuestro Derecho se han considerado como fuentes constitutivas de la familia al matrimonio,

(96) Ventura Silva, Sabino. Op. cit., pág. 81.

la filiación y la adopción, dando origen el primero al estado de esposos y creando las dos últimas el parentesco.

El parentesco se genera por hechos humanos de los que se derivan consecuencias de derecho como sucede en el parentesco consanguíneo, el que en la medida que la norma reconoce la existencia de ese vínculo habrá parentesco para efectos de la ley; pero también se origina por actos jurídicos como en el parentesco por afinidad y el parentesco civil que nacen del matrimonio y la adopción, respectivamente. (97).

Al parentesco se le puede definir como la relación jurídica que se establece entre personas que descienden de un progenitor común, es decir, por generación, o bien por matrimonio o, por virtud de la adopción.

(97) Aun cuando la ley civil no reconoce el parentesco "espiritual", la fracción III del artículo 170 del Código de Procedimientos Civiles, se refiere a lazos que surgen por vínculo religioso: "Art. 170.- Todo magistrado, juez o secretario, se tendrá por forzosamente impedido para conocer en los casos siguientes: ... III.- Siempre que entre el funcionario de que se trate, su cónyuge o sus hijos y alguno de los interesados, haya relación de intimidad nacida de algún acto civil o 'religioso', sancionado y respetado por la costumbre".

De lo anterior, se tiene la existencia de tres tipos distintos de parentesco que, además, son los únicos reconocidos por la ley (artículos 292 al 300 del Código Civil), a saber:

- a) El de consanguinidad, esto es, por lazos de sangre, que es el que existe entre personas que descienden de un tronco común (Artículos 292 C. C.). Es decir el vínculo que se origina por el matrimonio (familia legítima), concubinato o con la madre soltera (familia natural).
- b) El de afinidad, nacido por virtud del matrimonio, que se establece entre el marido y los parientes de la esposa y entre ésta y los parientes de aquél (Art. 293 C. C.), (entre el marido y la mujer no se establece relación alguna de parentesco, sino que a éstos se les considera el tronco de la familia), y
- c) El civil producido por la adopción y que liga al adoptante con el adoptado (Artículo 295 C. C.).

La determinación de la relación de parentesco es importante por sus efectos sobre todo surgidos en relación con la tutela, los alimentos y la sucesión legítima, ya que en estos casos sólo los sujetos a quienes la ley reconoce como parientes tienen derechos y obligaciones entre sí.

El parentesco por consanguinidad es susceptible de ser medido y, a) efecto, se toman en consideración las genera-

ciones, correspondiendo cada una de éstas a un grado, siendo éste la unidad que se utiliza para verificar la medida del parentesco, entendiendo que la serie de grados forma lo que se llama línea de parentesco (Artículo 296 del C. C.).

Se habla también de línea materna o paterna, ya sea la madre o el padre el progenitor común. El parentesco de consanguinidad es bilateral si procede del mismo padre y de la misma madre; es unilateral si sólo es común el padre o la madre.

Cuando los hijos nacen de matrimonio sus líneas de parentesco serán dobles; sin embargo, puede darse el caso de que se desconozca una de ellas, generalmente el padre, por lo que tendrán únicamente parientes legales en línea materna.

Las consecuencias jurídicas variarán tanto en el derecho sucesorio (Arts. 1630 y 1631) y alimentos (Artículo 305) como en la tutela (Artículo 483 fracción I), ya sean hermanos por una o ambas líneas.

La medición de los grados puede hacerse de dos maneras:

- a) En línea recta directa (Artículo 297 C.C.), en la que se encuentra el grado de parentesco entre personas que descienden unas de otras, por ejemplo, padres e hijos, nietos, etc.

- b) En línea transversal o colateral, (Artículo 297 C. C.) en la que se obtiene el grado en que están relacionadas las personas que descienden de un tronco común, por ejemplo, entre hermanos, primos, sobrinos, etc.

Tratándose de la línea directa, ésta puede ser ascendente o descendente (Artículo 298 C. C.), según se examine la relación de parentesco de descendientes a ascendientes o viceversa. Si el parentesco es en línea colateral (Artículo 300), entonces será igual o desigual; será igual cuando los parientes se encuentren a idéntica distancia del tronco común (los hermanos) y desigual cuando la distancia que exista entre los parientes, respecto del tronco común, sea diferente (tíos y sobrinos).

Los efectos del parentesco serán más o menos intensos según la cercanía o lejanía del mismo, ya que no se tienen los mismos deberes respecto de los hijos que respecto de los sobrinos ni de los hermanos entre sí que entre los primos. Estos efectos se pueden dividir en tres clases:

- a) Derechos entre los que como fundamentales se encuentran el ejercicio de la patria potestad y sus efectos; el ejercicio de la tutela legítima; y los derechos a heredar y recibir alimentos;
- b) Obligaciones que comprenden la honra y respeto a los ascendientes y el suministro de la pensión alimenticia, como principales; y
- c) Incapacidades, fundamentalmente impedimentos para contraer matrimonio y en relación con otros actos o situaciones jurídicas.

En el parentesco por afinidad la línea y grado se cuenta como en el consanguíneo, tomando el cónyuge el lugar del otro en el árbol genealógico, y sus efectos jurídicos son limitados, siendo el más importante el impedimento que existe para contraer matrimonio, particularmente en línea recta ascendente.

Entre los afines no existe el derecho-deber de alimentos, ni son tomados en cuenta para la sucesión o tutela legítimas.

Las consecuencias del parentesco civil o por adopción son idénticas a las surgidas por el parentesco consanguíneo (derecho a alimentos, y sucesorios e impedimentos para contraer matrimonio), aunque exclusivamente se dan entre el adoptante y el adoptado (Art. 402 C.C.) con la diferencia de

que éste es un vínculo revocable e inclusive pueden contraer matrimonio entre sí, una vez disuelta tal relación.

La inseminación artificial, la fertilización in vitro y en un menor grado el lavado uterino, hacen que la noción de parentesco varíe y que en algunos contextos de reproducción médica asistida se deba distinguir entre la madre genética, la madre gestante y la madre social y, entre el padre genético y el padre social, conceptos no considerados en el sentido del parentesco tradicional.

¿De quién es hijo el nacido gracias al uso de gametos o embriones donados?

¿Quién será considerada la madre "legal": la madre gestante, la madre genética o la madre social?

En cuánto al padre legal, ¿será el genético o el que cría?

Como consecuencia, ¿quiénes estarán obligados a proporcionar alimentos?

¿Quiénes ejercerán la patria potestad?

4. MATRIMONIO

4.1 EL MATRIMONIO EN ROMA

En Roma, se consideraban como fuentes de la familia al matrimonio -por lo tanto principal fuente de la patria potestad-, a la filiación y a la adopción.

El matrimonio tomó dos formas: a) el concubinato y, b) las *iustae nuptiae* o matrimonio legítimo.

El concubinato era monogámico, duradero y bien visto socialmente, pero tenía pocos e imprecisos efectos jurídicos (los hijos no caían bajo la patria potestad del "concubino"); en cambio, las *iustae nuptiae* sí los producía.

No era este matrimonio un acto jurídico, sino simplemente una unión monogámica mantenida por la '*affectio maritalis*' o intención continua de la pareja de vivir como esposa y esposo. No se exigen ni solemnidades de forma ni la intervención de autoridad civil o religiosa alguna.

Pero para que produzca su plenitud de efectos jurídicos es necesario que reúna para su validez una serie de requisitos tales como:

1. Connubium o aptitud legal para contraer matrimonio,
2. Consentimiento de quienes ejercen la patria potestad sobre los cónyuges; además del consentimiento de los contrayentes;
3. Ausencia de impedimentos.
4. Capacidad sexual o pubertad (12 años en la mujer y 14 en el hombre), y
5. Semejante rango social.

En cuanto a los efectos jurídicos de tales iustae nuptiae, entre otros, son:

1. El deber de fidelidad (con una suavización a favor del marido),
2. El deber y derecho de vivir en el mismo domicilio (en principio el del marido),
3. El deber de proporcionarse alimentos,
4. La patria potestad del marido sobre los hijos que nazcan de tal matrimonio, lo que les otorga la calidad de hijos "legítimos",
5. La transmisión de la calidad social del padre a tales hijos, y
6. El nacimiento de ciertos derechos sucesorios ab intestato de la viuda pobre.

El matrimonio históricamente hablando, ha sido una institución en continua evolución. Resulta difícil precisar en qué momento se pasa de una promiscuidad a un contrato natu-

ral con un pacto de fidelidad que en un principio se impone al menos a la mujer.

Se hace notar que en este apartado no se entrará al estudio de los diferentes aspectos que este tema presenta, únicamente se le analizará por su importancia como forma regular de constitución de la familia y por las consecuencias que pudieran derivarse por el uso de las nuevas técnicas de reproducción.

Es frecuente afirmar que el matrimonio presenta como característica fundamental la de ser la principal de las instituciones sociales, ya que constituye la base más sólida de la familia y, por consecuencia, de la sociedad misma.

Para Cicu, el matrimonio es una comunidad plena de vida material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola. Dice este autor, que es una institución natural que se basa en el instinto sexual, pero al pasar de sociabilidad y, por tanto, de espiritualidad, se ha sublimado convirtiéndose en una unión de almas. (98). Comunidad de vida que es reco-

(98) Citado por Rafael de Pina Vara. Op. cit., pág. 314.

nocida, amparada y regulada por el derecho. (Artículos 139 al 291 del Título Quinto del Código Civil vigente para el Distrito Federal).

4.2 EL MATRIMONIO EN EL CODIGO CIVIL

Para el derecho mexicano se ha modificado el concepto de que el matrimonio constituye la base fundamental del derecho de familia.

La validez de las disposiciones de carácter civil y entre ellas las relativas al matrimonio no son modificadas en México, sino hasta las Leyes de Reforma.

Fue el 23 de julio de 1859 cuando don Benito Juárez promulgó una ley en la que quedaron secularizados todos los actos relativos al estado civil de las personas, entre ellos, el matrimonio, al que se atribuyó la naturaleza de contrato civil y se reglamentó por el Estado en cuanto a los requisitos para su celebración, elementos de existencia y de validez, etc. En el Código Civil de 1870, se confirma la naturaleza civil del matrimonio y su carácter indisoluble.

El Código Civil de 1884 definía al matrimonio como "la sociedad legítima de un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida" y, aun cuando el mismo Código reglamentó el divorcio, lo que podría interpretarse como una contradicción, éste no producía el efecto de disolver el vínculo matrimonial, sino que originaba una simple separación de cuerpos y suspendía algunas de las obligaciones civiles.

En 1914 Venustiano Carranza promulgó, en Veracruz, una ley de divorcio que declara disoluble el matrimonio y deja a los divorciantes en plena libertad para contraer nuevas nupcias, disposiciones que quedaron confirmadas por la Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917.

Es en esta ley en la que se establece que la familia está fundada en el parentesco por consanguinidad y, especialmente, en las relaciones que origina la filiación, tanto legítima como natural, por lo que el matrimonio deja de ser el supuesto jurídico necesario para regular las relaciones de la filiación y la patria potestad, al reconocer los mismos derechos tanto a los hijos naturales como a los legítimos, criterio seguido por el Código Civil vigente, ya que en las normas

que regulan el parentesco, los alimentos, el nombre, el domicilio, la sucesión legítima, la patria potestad y la tutela ha equiparado los derechos de los hijos naturales con los de los legítimos y ha facilitado la prueba de los hijos nacidos del concubinato para hacer posible la investigación de la paternidad, por lo que a contrario de lo que sucede todavía en el derecho europeo y en el americano, no se puede ya afirmar que en nuestro derecho el matrimonio es la institución fundamental del derecho familiar. (99)

De lo anterior se desprende que tanto la perpetuación de la especie y la ayuda recíproca entre los consortes o el compartir un "destino común, no agota el concepto esencial del matrimonio, ya que todos ellos pueden realizarse más o menos satisfactoriamente fuera de él.

En la actualidad, los matrimonios se fundan en el amor, en la reciprocidad e intercambio personal; en la complementación de dos personas, basado en la conciencia, en la libertad y en el amor; ya no son las familias quienes lo crean, son los matrimonios los que crean éstas.

(99) Rojina Villegas, Rafael. Op. cit. P.p. 194-195

Pero aun cuando en el presente la perpetuación de la especie no es ya considerada por muchos como el objetivo determinante para contraer matrimonio, además de que no existe en el Código Civil para el Distrito Federal ningún artículo que señale cuáles son los fines del matrimonio, es innegable que para muchas parejas el no tener hijos es una fuente de tensión. Baste pensar que la concepción artificial puede ser la forma de lograr la satisfacción de tener un hijo en el que por lo menos esté implícita la herencia de alguno de ellos, sin necesidad de recurrir a la adopción.

Se dijo antes que el matrimonio tiene por objeto establecer una comunidad de vida total y permanente entre los consortes. Las consecuencias jurídicas que nacen de esta comunidad son unas de tipo personal y otras de tipo patrimonial. Por su importancia para este trabajo, se verán únicamente las de tipo personal.

4.2.1 EFECTOS QUE PRODUCE EL MATRIMONIO

Las consecuencias jurídicas que derivan del matrimonio se pueden manifestar de tres maneras, esto es, entre los consortes, en relación a los hijos y respecto a los bienes. Estos efectos, por un lado crean una serie de derechos en fa-

vor y obligaciones a cargo de los cónyuges y, por otro, crean obligaciones de éstos para con los hijos. Ahora sólo se tratarán algunos de los deberes que surgen en las personas de los esposos; las relaciones entre padres e hijos se verán al tratar la filiación.

Celebrado el matrimonio, los contrayentes adquieren el estado de casados y, consecuentemente, los derechos y deberes de tal estado.

Los efectos del matrimonio respecto a las personas (Artículos 162 a 177) se pueden agrupar en la libertad de procreación; cohabitación; débito carnal; ayuda mutua; fidelidad e igualdad y reciprocidad de derechos y deberes.

4.2.1.1 DERECHO A LA LIBRE PROCREACION

"El primer dato importante a señalar es, que en la legislación actual se establece la igualdad y reciprocidad de derechos y deberes entre los cónyuges. Así, ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente. En vista de ello, los dos decidirán de mutuo acuerdo el número y espaciamiento de sus hijos. El derecho a la libre procreación que debe ser ejercido de mutuo acuerdo por los cónyuges puede dar lugar a serios conflictos entre la pareja.

En defecto del recíproco acuerdo, si uno de los dos desea en contrario que haya o no procreación, ¿cuál será la conducta a seguir?, ¿Puede, por ejemplo, obligar el marido a la mujer a que se embarace, a que use ciertos anticonceptivos o inclusive a que aborte si ya está encinta? ¿Podrá la mujer inseminarse en forma artificial ante la negativa de su cónyuge de procrear, o ante la esterilidad del mismo?... cuestiones son todas éstas correspondientes a la más delicada intimidad entre consortes. Si no se plantean y se resuelven con verdadero mutuo acuerdo, pueden llevar al rompimiento del matrimonio. La normatividad relativa es totalmente inoperante". (100).

4.2.1.2 COHABITACION

La cohabitación es el derecho y deber de vivir juntos bajo el mismo techo; compartir lecho y mesa es requisito indispensable para que pueda hablarse de vida en común. El derecho a fijar el domicilio conyugal lo da el Código Civil a ambos esposos (Artículo 163). La cohabitación es el medio idóneo para cumplir con los deberes de fidelidad y ayuda mutua, elementos consubstanciales del matrimonio.

(100) Montero Duhaic, Sara. Op. cit., págs. 140-141.

4.2.1.3 DEBITO CARNAL

Independientemente de la procreación, como una consecuencia de la vida en común, surge el derecho recíproco de que se establezca entre los esposos la relación sexual o débito conyugal, como se le denomina en la doctrina. La ley no lo designa de esta manera, sino que expresa que ambos están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio (Artículo 162). En la actualidad, uno de los fines del matrimonio, aceptada en forma general, es la licitud de la relación sexual entre los cónyuges; a la luz de las inquietudes de las nuevas parejas es más importante establecer una comunicación íntima de vida entre ellos.

La segunda parte de este artículo retoma la garantía consagrada en el Artículo 4º Constitucional, que otorga a la persona, es decir al hombre y a la mujer, el derecho a decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamiento de los hijos, que en el matrimonio es un derecho a ejercerse por ambos cónyuges y que comprende la posibilidad de no tenerlos o, en su momento y circunstancias dadas, recurrir a los modernos métodos de concepción artificial.

4.2.1.4 AYUDA MUTUA

La comunidad de vida entre el esposo y la esposa implica la ayuda mutua y es éste, tal vez, el efecto más importante en el matrimonio que debe manifestarse, no solamente en el aspecto económico (Artículo 164), sino también, principalmente en el campo de lo moral y de lo afectivo. Es decir, ambos cónyuges deberán prestarse consejo, apoyo moral, dirección y, sobre todo, amor.

El Código Civil no reglamenta ni la ayuda moral ni el apoyo espiritual que los esposos deban darse, sin embargo, son de la esencia del matrimonio y la falta de los mismos puede, en muy limitados casos, ser causal de divorcio.

4.2.1.5 FIDELIDAD

El deber de fidelidad es un concepto de contenido moral y social que tiene su fundamento en la familia monogámica occidental.

No existe en el Código Civil para el Distrito Federal una norma expresa que establezca que los consortes se deben recíprocamente fidelidad, como ocurre en lo relativo a los

deberes de cohabitación y ayuda mutua, pero su incumplimiento da lugar a sanciones.

"Consiste la fidelidad matrimonial en la observancia de la fe prometida entre los esposos, fe en que -se ha señalado- equivale a amor con carácter de exclusividad, que es la promesa que entraña al matrimonio". (101)

"En ciertos casos, no sólo implica la abstención de contactos sexuales extramatrimoniales, sino que desde el punto de vista civil y atendiendo a las condiciones sociales culturales y personales de los cónyuges, comprende la abstención de todos aquellos actos que aun cuando no lleguen a la consumación del adulterio y aun no conduzcan a relaciones eróticas entre un cónyuge y una tercera persona, pueden constituir una violación al deber de fidelidad (de allí su contenido moral) en tanto esos hechos o actos revelen que se ha roto o que se ha lesionado gravemente la unidad de vida que debe existir entre los consortes". (102).

La violación a este deber se encuentra garantizado jurídicamente, en una forma indirecta, al establecerla como una causal de divorcio (Artículo 267, fracción I del Código Civil). El Código Penal lo tipifica como delito (Artículo 273).

(101) Augusto C. Belluscio, citado por Manuel F. Chávez Asencio. Op. cit., pág. 352.

(102) Arturo Carlo Jemolo, citado por Ignacio Galindo Garfias. Derecho Civil, Primera Edición, Editorial Porrúa, S. A. - México 1973, págs. 515-516.

4.2.1.6 IGUALDAD JURIDICA ENTRE LOS CONYUGES

Otro de los efectos que produce el matrimonio es la reciprocidad de derechos y deberes de los esposos entre sí y en relación con los hijos.

Los Artículos 162 y 164 ya comentados señalan respectivamente la decisión en común con respecto a la procreación, así como a los deberes económicos dentro del hogar. El Artículo 168 establece la igualdad en autoridad y consideraciones, así como en las conductas a seguir en relación con los hijos como es su formación y educación y la administración de los bienes que a éstos pertenezcan.

Ahora bien, ¿qué sucedería en el caso de que una mujer recurriera a la inseminación o a cualquier otro método de concepción artificial?

Dependiendo del método de concepción humana artificial elegido por la pareja ¿podría cualquiera de los cónyuges demandar el divorcio, invocándolo como adulterio o, injurias graves o, tal vez, podría demandar daño moral? ¿Su uso constituye una falta al deber de "fidelidad" que se deben los cónyuges?

¿Podrá la mujer inseminarse en forma artificial ante la negativa de su cónyuge a procrear o, ante la esterilidad del mismo?

¿Tendrá éste derecho a contratar con una "subrogada" ante la esterilidad de su mujer y sin su consentimiento?

Si bien es cierto que el uso de la medicina moderna por una parte puede procurar felicidad al matrimonio, por otra puede suceder que traiga consigo su disolución.

5. FILIACION

5.1. LA FILIACION EN ROMA

Uno de los principales efectos de las *iustae nuptiae* es el considerar a los hijos habidos como hijos legítimos o *liberi iusti*, esto es, dan lugar a la filiación, que sin lugar a dudas es el punto de mayor trascendencia en este trabajo y, el que hasta la fecha es uno de los que más problemas presenta a la luz del empleo de las nuevas técnicas de reproducción sin sexo.

En Roma, la filiación, relación que surge entre los progenitores y sus descendientes directos, produce efectos más o menos extensos según la naturaleza de la unión de donde resulta. La filiación más plena es la que nace de las *iustae nuptiae* o *justum matrimonium* (matrimonio legítimo) celebrado conforme a las reglas del Derecho Civil y que da a los hijos la calificación de hijos legítimos (*liberi iusti*), mientras los hijos nacidos de un concubinato duradero son 'naturales *liberi*' (hijos naturales), exentos de la patria potestad; los nacidos de relaciones transitorias, aquellos hijos cuyos padres no llevaban vida en común, son sólo '*spurii*' o '*vulgo concepti*' (hijos nacidos de padre desconocido), cualidad que en esta época no tenía nada de deshonrosa.

Para producir efectos debe ser legalmente cierta. Según los principios romanos, la filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer por el sólo hecho del parto. En cuanto a la paternidad, en un principio era afirmada o negada por el marido y posteriormente se recurrió a la presunción jurídica de que el marido de la madre es el padre -*pater es quem nuptiae demonstrant*-, siempre que los hijos nazcan dentro de los ciento ochenta y dos días después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos de su disolución, plazos que han pasado a las legislaciones modernas. Sin embargo, esta presunción no es absoluta y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o cuando podía probar que no había tenido contacto sexual con su mujer ya fuera por ausencia o por enfermedad.

En este aspecto, nuestro derecho presume que tal hijo es fruto del matrimonio en el cual nació aunque sea concebido antes, limitando drásticamente la facultad del padre de combatir esta presunción. (Artículos 328 y 330 del Código Civil).

Sus principales efectos eran:

1. Dar a los hijos la calidad de *liberi iusti* (hijos legítimos), sometidos a la

patria potestad del padre o ascendiente paterno que la tenga. Forman parte de la familia civil del padre a título de agnados; serán también agnados de su madre si el matrimonio fue cum manu; de lo contrario sólo serán sus cognados.

2. Crear la obligación recíproca (desde la época clásica) de reclamarse alimentos; para el hijo comprende además, el beneficio de la educación.
3. El hijo debe respeto a sus ascendientes.
4. El padre transmite a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.

Como pruebas de la filiación, el derecho romano admite la comprobación mediante los registros públicos de nacimiento; la posesión de hijo legítimo y, en último caso, la prueba testimonial.

Los hijos nacidos de las iustae nuptiae sobre los cuales el padre no haya intentado o logrado comprobar que no nacieron de matrimonio caen bajo su patria potestad.

5.2 LA FILIACION EN EL CODIGO CIVIL

En el derecho moderno las consecuencias jurídicas que el matrimonio produce en cuanto a los hijos son además de la prueba de su filiación, crear la presunción de la paterni-

dad del marido respecto de los hijos de la esposa y originar la certeza en cuanto al ejercicio y atribución de la patria potestad respecto de los hijos legítimos.

Por otra parte, el matrimonio no es el único medio del que se deriva el ejercicio de la patria potestad, ya que este derecho se puede ejercer respecto de los hijos naturales, siempre que hayan sido reconocidos expresamente por sus progenitores.

El matrimonio subsecuente de los padres legitima a los hijos habidos antes de su celebración.

Por sus efectos el Código Civil en vigor en el Distrito Federal no establece distinción entre la filiación legítima y la filiación natural que señalaban los Códigos Civiles de 1870 y 1884, así como en la Ley de Relaciones Familiares de 1917, esto es, en cuanto a los deberes y responsabilidades que implica la relación paterno filial.

La filiación es la relación jurídica existente entre padres e hijos. Estas relaciones pueden estudiarse desde diversos puntos de vista, lo que ha dado lugar a que se le denomine de distinta manera, pues si se examina de madre a hijo

se llama "maternidad", si se analiza de padre a hijo, se le llama "paternidad" y, si se estudia de hijo a padre se le designa "filiación".

La maternidad es un hecho real que se manifiesta objetivamente con los datos comprobables del embarazo y del parto, ya sea dentro o fuera de matrimonio. De manera excepcional surgirá la duda de la maternidad cuando el parto tenga lugar sin testigos o el recién nacido sea abandonado.

La paternidad siempre es una presunción legal *juris tantum*, esto es, admite prueba en contrario. Surge con certeza relativa dentro del matrimonio pues los hijos que tiene una mujer casada, en principio, son del marido: *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Los hijos de una mujer no casada no pueden atribuirse a un varón determinado y, la paternidad sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario o como consecuencia del ejercicio de las acciones de investigación de la paternidad.

El término filiación se emplea en un sentido amplio y uno limitado. En un sentido amplio es el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación

de grado. En su sentido limitado es la relación jurídica existente entre los hijos y padres.

"Por tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre o la madre y el hijo". (103)

Pero como el vínculo puede tener como base un matrimonio, una unión de hecho o una adopción, se llamará filiación legítima o matrimonial, filiación natural o extramatrimonial y filiación adoptiva. Una vez surgida la relación jurídica entre padre e hijos, los efectos de derecho son iguales para todos.

La importancia de la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él es sólo por la forma de probar su relación de paternidad.

(103) Rojina Villegas Rafael, Op. cit., pág. 491.

5.2.1 FILIACION LEGITIMA

Son hijos legítimos aquéllos que nacen de matrimonio y se presume que tienen tal calidad los hijos que hubieren nacido después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o bien los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a su disolución, ya sea por muerte del marido, divorcio o nulidad.

En los dos últimos supuestos el término se computará desde la fecha en que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial (Artículo 324).

Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al matrimonio (Artículo 325).

Sin embargo, el esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su mujer.

El desconocimiento de la paternidad que ha sido definido por Planiol y Ripert (104) como

"el acto que tiene por objeto anular la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que éste no puede ser padre del hijo"

está regulado por el Código Civil vigente en el Distrito Federal en forma que, sin ponerle trabas insuperables, garantiza suficientemente los derechos del hijo (Artículos 326, 327 y 328).

"El problema jurídico de la inseminación artificial en el caso del matrimonio, pone en cuestión en nuestros días, el principio de otorgar la acción de desconocimiento de la paternidad del marido en el caso en el que le haya sido físicamente imposible tener acceso carnal con su esposa dentro de los ciento veinte días de los trescientos que han precedido al parto aunque es verdad por otra parte que en las legislaciones modernas se ha mantenido incólume este principio, porque en todo caso la mujer casada que ha dado a luz a un hijo concebido de esta manera debe probar para desaparecer la presunción de paternidad del marido que éste ha dado su consentimiento para que la concepción haya tenido lugar en esa manera". (105).

(104) Citado por Rojina Villegas Rafael, Op. cit., pág. 632.

(105) Galindo Garffas, Dr. Ignacio. "La Filiación y la Paternidad". Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo - XXVII. Mayo-Agosto, 1978. Núm. 110., pág. 400, UNAM.

La filiación de los hijos de matrimonio se prueba con el acta de matrimonio de los padres; con el acta de nacimiento del hijo (Artículo 340) y con la prueba de identidad del hijo. De acuerdo con el Artículo 341 cuando falta el acta de nacimiento, la filiación del hijo del matrimonio quedará probado por medio de la posesión de estado (nombre, trato y forma).

"El matrimonio es sin duda la institución por excelencia que garantiza la permanencia y solidez de la familia. El Derecho protege al grupo, reconociendo los vínculos que surgen entre los cónyuges y la prole. Así en cuanto a la filiación, el matrimonio cumple una función probatoria de capital importancia: es presunción de paternidad del marido respecto de los hijos que ha dado a luz una mujer casada, dentro de cierto período que la ley establece.

... En este respecto ya se dijo que el concepto jurídico filiación (como hecho natural) se relaciona primordialmente con el hecho biológico de la generación aunque como construcción jurídica, el concepto técnico de la filiación, puede no encontrar una correspondencia puntual, exacta con la paternidad biológica. Así ocurre en la filiación adoptiva de la que toma nacimiento e parentesco civil. De la misma manera la inseminación artificial da lugar a la filiación de hijo de matrimonio, si tal procedimiento artificial se realizó con semen de quien no es el marido, pero con el consentimiento de éste. En ambos casos la relación biológica entre quienes son el padre y la madre verdade-

ros y la relación de filiación no existe; lo cual no impide que surja la filiación con todas sus consecuencias jurídicas". (106).

Al lado de los hijos legítimos y considerados con esta misma calidad, se encuentran "los hijos legitimados", que son aquellos nacidos de personas no unidas por matrimonio pero que, posteriormente lo contraen. Sin embargo, para que tenga lugar la legitimación, es necesario el reconocimiento de los padres, que puede hacerse antes, después o durante la existencia del matrimonio, entendiéndose que el reconocimiento hecho después de la celebración de dicho matrimonio se retrotrae a la fecha de éste, es decir, surte sus efectos desde entonces. (Artículos 354, 355 y 357). Se debe aclarar que toda vez que el Código Civil vigente ha prescindido ya de la distinción entre hijos legítimos o naturales no se justifica la subsistencia de este capítulo.

5.2.2 FILIACION NATURAL

Tienen el carácter de hijos naturales aquellos que

(106) Galindo Garffas, Dr. Ignacio. Op. cit., págs. 399-400.

nacen de personas no unidas por matrimonio. Estos hijos naturales se llaman reconocidos cuando, con posterioridad al levantamiento del acta de nacimiento son reconocidos por el progenitor, ya sea en la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil, por medio de acta especial ante el mismo Juez; por escritura pública; en testamento o por confesión hecha personal y expresamente ante la autoridad judicial (Artículo 369).

La filiación natural o extramatrimonial surge también por imputación de la paternidad o de la maternidad como resultado del ejercicio de las acciones de su investigación. (Artículos 382, 385 y 388). Esta acción de investigación es la facultad que tienen los hijos naturales, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación a fin de que éstos la declaren y sujeten a los padres a las consecuencias legales derivadas de la relación paternofamiliar, mientras que la investigación de la maternidad es algo que puede realizarse sin que por lo general dé origen a problemas graves ya que ésta resulta del sólo hecho del nacimiento (Artículo 360), pues tradicionalmente y en nuestro Código Civil vigente hay una completa libertad para el hijo nacido fuera de matrimonio para investigar su filiación materna, (el Artículo 360 establece que "la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo y tiene obliga-

ción de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo") y, únicamente es necesario probar el hecho del parto y la identidad entre el ser que se dio a luz y el que pretende serlo; para determinar la paternidad se requieren investigaciones que muchas veces llegan al extremo de tener que precisar o investigar la fecha de la fecundación y, a base de presunciones, establecer si la fecundación fue obra del hombre a quien se atribuye la paternidad.

A causa de estos inconvenientes, la ley limita el ejercicio de la acción respectiva a los casos que enumera el Artículo 382 (en los casos de raptó, estupro o violación; exista posesión de estado de hijo o coincidencia de vida marital y concepción o, exista cualquier principio de prueba).

Actualmente, los hijos naturales tienen los mismos derechos que los legítimos; en consecuencia, tienen derecho a llevar el apellido de quien los reconoce; a recibir pensión alimenticia; a heredar, etc. (Artículo 389).

5.2.3 FILIACION CIVIL O ADOPTIVA

En nuestro derecho la filiación civil es aquella que resulta de la adopción y que es un medio establecido por

la ley para crear entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima como consecuencia del parentesco ficticio que resulta del mismo.

La filiación civil, es decir, la que se origina por la adopción, da al adoptado la calidad de hijo adoptivo, entendido que el adoptante, a su opción podrá dar a aquél nombre y sus apellidos, haciéndose las anotaciones correspondientes en la respectiva acta de adopción (Artículo 395).

Como en todos los casos en que se emplean las actuales técnicas de reproducción artificial surgen fuertes interrogantes y, es la filiación uno de los mayores problemas a resolver. Las preguntas son múltiples y variadas tanto en relación con el padre como con la madre.

Hasta antes de su uso nuestro Derecho descansaba en los principios de que el nacimiento de un hijo era necesariamente el resultado de un intercambio sexual así como en el hecho real de la maternidad comprobable objetivamente por el embarazo y el parto y el principio de la presunción legal de la paternidad.

Pero las alternativas de reproducción que se encuentran en uso en el presente han subvertido dichas verdades.

¿Podrá existir un vínculo jurídico filial sin que exista uno biológico?

¿Podrán los hijos iniciar acciones de investigación de la paternidad entendido este vocablo en su sentido amplio al saber que fueron concebidos a través de técnicas artificiales?

¿Los efectos de derecho serán más o menos extensos según se sea hijo biológico o no pero habido como consecuencia del uso de las actuales técnicas?

¿Deberá la ley reconocer un nuevo tipo de filiación?

¿Podrán intentarse acciones de desconocimiento de la paternidad?

¿El hijo nacido como resultado de la participación de un tercero será considerado ilegítimo?

¿Quiénes deberán presentar al hijo nacido ante el Registro Civil, los padres "sociales", la madre "gestante" o los padres biológicos?

Como se mencionó líneas arriba hasta antes del uso de las nuevas técnicas de reproducción era indiscutible que la mujer que daba a luz era la madre de ese niño; la posición legal de la madre y del niño surgían de una certeza física biológica. La paternidad ha sido tratada diferente. La identidad del padre se presume si el niño nace de matrimonio, presunción que admite prueba en contrario si éste puede demostrar en forma indubitable que el niño no es suyo.

El problema a solucionar es decidir quién será considerada "madre legal": la madre gestante, la madre genética o la madre social? En cuanto al padre legal, será el genético o el que cría?

¿La ley reconocerá el origen biológico del niño o, considerará únicamente las circunstancias de su nacimiento?

6. ADOPCION

6.1 LA ADOPCION EN ROMA

Pero no sólo la naturaleza hace hijos de familia. También las adopciones.

En Roma, la adopción es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer relaciones civiles semejantes a las que crean las *iustae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia. Ocupa un lugar importante debido a intereses políticos y religiosos; como la familia civil sólo se desarrolla por los varones podría suceder que alguna familia estuviera a punto de extinguirse, por lo que asegura su perpetuidad en un tiempo en el cual las familias tenían su papel político en el Estado asegurando también su nombre y su culto privado, ya que la extinción de este último implicaba una especie de deshonra; además, era más ventajoso tener herederos suyos -heredes sui que herederos extraños heredes extranei-.

Hay dos clases de adopciones, una denominada adopción y la otra adrogación, aunque también se suele agregar un tercer tipo de adopción: la testamentaria.

La adrogación, probablemente la forma de adopción más antigua que por sus formas y caracteres se le puede ubicar en los propios orígenes de Roma, es la adopción de una persona sui iuris, acaso jefe de familia, por otro paterfamilias (servía como un sustituto del moderno reconocimiento). Su principal efecto es el hacer pasar al adrogado, que se convierte en alieni iuris (hijo de familia), con su propia familia y patrimonio a la patria potestad del adrogante, con el mismo título que un descendiente nacido ex iustis nuptiis y, todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando en cambio el nombre de la familia del adrogante. Al nacer un nuevo derecho de agnación nace también una relación sucesoria recíproca.

La segunda forma es la adopción de una persona alieni iuris, que es la adopción propiamente dicha. Puede definirse como el acto por el cual un extraño pasaba a formar parte de una familia romana, sometándose por tanto, a la patria potestad del pater, como hijo o como nieto. Por lo regular no existía entre el adoptante y el adoptado ningún lazo de parentesco natural. No es necesaria la intervención ni del pueblo ni de los pontífices, pues siendo el adoptado un alieni iuris, no podía resultar ni la desaparición de una familia ni la extinción de un culto. La adopción, además de ser menos an-

tigua (posterior al año 304) se aplicaba lo mismo a los hombres que a las mujeres, de lo que se deduce que para el adoptante era más bien un medio de hacerse de un heredero, no importando el sexo, que el de asegurar la perpetuidad de su familia o gens, lo que hace al procedimiento menos severo que en la adrogación. bastando, en tiempos de Justiniano, una sencilla declaración de las partes (paterfamilias adoptante, adoptado y quien ejerciera la patria potestad) delante del magistrado y que se hicieran constar en las actas públicas para que la adopción fuera consumada. No se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba con que no se opusiera.

En el derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus derechos de agnación pero conserva su cualidad de cognado; su padre adoptivo adquiere sobre él la autoridad paterna y su nombre se modifica como en la adrogatio.

Como el adoptado al salir de su familia original perdía tanto su calidad de agnado como sus derechos sucesorios y, si después el padre adoptivo lo emancipaba, perdía también el derecho a sucederle ab intestato, quedando 'solo en el mundo', Justiniano para tratar de protegerlo estableció dos tipos de adopción totalmente diferentes: la adopción plena y "la adoptio minus plena": La adopción plena tal como había si-

do conocida en el derecho romano antiguo, en la que el adoptado ingresaba a la familia del paterfamilias adoptante, considerándosele agnado en el nuevo grupo familiar, con todos los derechos por el pater y todas las obligaciones de los que se encontraban sometidos a su potestad, que sólo era posible si el adoptante era ascendiente del adoptado.

Al existir entre ellos un lazo de sangre, aun cuando el adoptado hubiera sido emancipado, el pretor lo tomaba en cuenta para llamarlo a la sucesión legítima.

Al lado de la adopción plena existió la 'adoptio minus plena', en la que el adoptado es un extraño; no lo desvincula de su familia primitiva ni lo subtrae de la patria potestad que sobre él ejerce el paterfamilias del grupo al que naturalmente pertenece. El adoptado únicamente adquiere derechos sucesorios ab intestato en relación con el adoptante -no así respecto de los parientes de éste- además de conservar tal derecho dentro de su familia original.

Como esta adopción no confería la patria potestad, se permitió que las mujeres pudieran adoptar.

La principal diferencia existente entre la adrogación y la adopción consiste en que mientras en esta última los adoptados son hijos de familia, los dependientes, en aquella lo son los independientes o -sui iuris-.

Ambas instituciones cayeron en desuso durante la Edad Media, hasta bien avanzada la Edad Moderna.

6.2 LA ADOPCION EN EL CODIGO CIVIL

Para llevar a cabo la adopción se requiere la satisfacción de los siguientes requisitos:

- a) Que el adoptante sea mayor de 25 años; esté libre de matrimonio y se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos; tenga por lo menos diecisiete años más que el adoptado, además que se prueba que la adopción sea notoriamente conveniente para los intereses morales y materiales del adoptado, lo que implica que el adoptante deba ser persona de buenas costumbres y tener bastantes medios para atender a la subsistencia del incapacitado como si fuera hijo propio (Artículo 390).
- b) La tramitación de un breve procedimiento judicial en el que se dicte sentencia autorizando la adopción (Artículo 399).

Si se cumplen estos requisitos, la adopción puede realizarse respecto de uno o más menores o incapacitados, aun cuando éstos sean mayores de edad y, autorizada por el juez, generará los efectos que produce la filiación por consanguinidad únicamente entre el adoptado y el adoptante; esto es, los derechos y obligaciones serán los mismos en ambos casos. (Artículos 395 y 396).

Respecto de la adopción que pretendan verificar personas unidas por matrimonio, cabe indicar que se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, aun cuando alguno de ellos no llenase el requisito de la edad, pero debiendo tenerse presente que deberá existir una diferencia mínima de diecisiete años entre adoptante y adoptado (Artículo 391).

Por otra parte, se ha estimado que no es necesario que quien va a ser adoptado sea extraño al adoptante, permitiéndose también la adopción entre tutor y tutelado (Artículo 393) a condición de que estén aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela.

La adopción, en el transcurso del tiempo, ha producido efectos diferentes. En una época, dichos efectos fueron semejantes a los de la adopción romana del período anterior a

Justiniano, es decir, se rompía el vínculo existente entre el adoptante y sus parientes consanguíneos para quedar ligado no sólo a los padres adoptivos sino a la familia de éstos. Pero en contra de ese sistema existe el que establece que la adopción no rompe el vínculo consanguíneo existente entre los hijos adoptivos y su familia natural y, limita el parentesco a padre e hijos adoptivos.

El sistema de adopción que regula el Código Civil para el Distrito Federal es el llamado "adopción simple"; el adoptado no pertenece a la nueva familia, ni es pariente de los miembros de la familia del adoptante así como tampoco el adoptado rompe sus vínculos con su familia de origen (Artículo 403). Sus efectos se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio (Artículo 402).

"Por oposición a este sistema, otras legislaciones consagran la llamada "adopción plena", en virtud de la cual el hijo adoptivo rompe con su familia de origen y pasa a ser un miembro más de la familia del adoptante, al mismo título que si fuese hijo biológico de éste. Los estados de Quintana Roo e Hi-

dalgo incorporaron en sus códigos este tipo de adopción", (107).

Consumada la adopción se producen sus efectos, efectos que regula el Código Civil y que concretamente consisten en los siguientes:

Transmisión de la patria potestad (Artículo 403).

Una modificación en el nombre y apellidos del adoptado (Artículo 395 in fine).

Creación de un impedimento para contraer matrimonio entre adoptante y adoptado (Artículo 157).

Nacimiento de una obligación alimentaria (Artículos 395 y 396).

Un derecho de sucesión (Artículos 396, 402 y 1612), derecho que el adoptado tiene tan sólo respecto del adoptante

(107) Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal comentado. Libro Primero. De las Personas, Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Miguel Angel Porrúa, Librero Editor, págs. 270-271.

pero no de los parientes de este último y recíprocamente.

Siendo la adopción un acto consensual, es natural que pueda revocarse cuando ambas partes así lo decidan, acuerdo que surtirá efectos si el consentimiento para la revocación lo otorgan las mismas personas que consintieron en la adopción conforme al Artículo 397.

La revocación también puede obedecer a causas imputables al adoptado como en caso de ingratitude. (Artículo 405).

Es necesario tener en cuenta que aun cuando los padres adoptivos no tengan hijos en el momento de realizar la adopción, puede ocurrir que con posterioridad a ella lleguen a procrearlos en cuyo caso la adopción subsiste y, por lo tanto, produce todos sus efectos legales. (Artículo 404).

¿Sería posible que en los casos en que algunas parejas se les recomendara el uso de óvulos y esperma donados y no los hubiere disponibles, se usara un embrión donado?

Se ha sugerido que pudiera llevarse a cabo un procedimiento de adopción o equiparable a éste tomando en cuenta

que dicho procedimiento sería llevado a cabo antes del nacimiento del bebé. Como se dijo en el primer capítulo se podría argumentar con algún mérito que desde el punto de vista de la pareja receptora, esta experiencia (recibir un embrión donado) los acerca más a la experiencia normal de la reproducción humana, permitiéndoles la experiencia del embarazo tradicional más allá de lo que permite la adopción.

Y, en los casos de maternidad subrogada, ¿sería posible llevar a cabo también el procedimiento de adopción? ¿Sería antes o después del nacimiento? ¿Se podría hablar de una "adopción plena" o sería una "adopción simple", como se encuentra regulada en nuestro Código Civil vigente?

Para finalizar con esta exposición se hará mención a la sucesión ab intestato, por ser, al igual que la filiaci3n, uno de los puntos más serios de resolver en relaci3n con el uso de las nuevas técnicas de reproducci3n sin sexo.

7. SUCESIONES

La sucesión hereditaria es una transmisión universal que tiene por objeto el conjunto de bienes materiales, derechos, créditos y deudas que pasan de un titular a otro, con excepción de aquellos derechos inherentes a la persona, como las facultades derivadas del derecho de familia (derechos que tenía el difunto en calidad de marido, padre o tutor), algunos derechos reales (usufructo, uso, habitación) y algunas acciones (acción por difamación), derechos políticos, etc.

7.1 LA SUCESSION EN ROMA

En el Derecho Romano existían tres vías sucesorias: la testamentaria, por la cual la sucesión era diferida por testamento; la legítima o ab-intestato, en la cual la ley suplía la voluntad del de cujus prescribiendo cómo debía repartirse su patrimonio y, por último, la vía oficiosa que incluso corregía las disposiciones hechas en el testamento.

Por regla general, la vía testamentaria y la vía legítima eran incompatibles (nadie puede morir en parte testado y en parte intestado), aun cuando poco a poco se fueron permiti-

tiendo excepciones. En cambio, la vía oficiosa y la vía testamentaria no se excluyen recíprocamente.

El fenómeno de la sucesión está ligado al título de heredero, cuya designación se lleva a cabo por voluntad del causante (sucesión testamentaria) o, por ley (sucesión intestamentaria o ab intestado), presentándose la primera como preferida por los romanos no llamando a los herederos señalados en la ley sino cuando el autor de la sucesión moría intestado.

El llamamiento de una persona como heredero podía revestir la forma de testamentaria, intestada o legítima y forzosa, ya fuera que tal llamada se hiciera conforme a la última voluntad contenida en un testamento, a falta de éste, por disposición de la ley atendiendo al vínculo familiar que unía al heredero con el de cuius o, por imperativo legal en oposición al testamento.

Los llamados ab intestado son distintos en el curso del derecho romano. Esta vía que aparece como subsidiaria de la sucesión testamentaria y que tenía lugar cuando no había testamento o cuando habiéndolo éste era nulo desde su origen o el heredero testamentario rehusaba la herencia o no podía acep-

tarla, se reguló por preceptos de la Ley de las XII Tablas (Derecho Civil), por normas del edicto del pretor (Derecho Honorario) y por la legislación Imperial (Derecho Imperial).

7.1.1 Las XII Tablas:

La Ley de las XII Tablas prescribió que la herencia se ofreciera a los siguientes herederos:

- A los herederos sui, esto es, los hijos del de cuius, salvo los emancipados; los nietos en caso de muerte previa del padre de éstos y también los póstumos, en cuyo caso, es necesario que "esté concebido al momento de la muerte de aquel a quien sucede, admitiéndose en su favor la suposición de la gestación más larga, la de diez meses", así como la mujer que hubiera entrado a su familia por conventio in manum que ocupaba el lugar de hija y la nuera in manu que ocupaba el lugar de nieta. (Las mujeres no podían tener herederos sui pero sí podían pertenecer a tal categoría).

Cuando todos los herederos pertenecían a un mismo grado, la división de la herencia se hacía por cabezas; cuando eran de grado distinto se repartía por stirpes y, dentro de cada stirpe, por cabeza.

- A falta de herederos suyos (heredes sui) la herencia correspondía al agnado (pariente por vía

masculina) más próximo (colaterales), excluyendo éste al de grado más remoto. Las personas unidas al de cuius por vía femenina no contaban, ni aún los más cercanos. Si hay varios agnados en el mismo grado, todos concurren y el reparto se hacía por cabezas.

En caso de que un agnado repudiara la herencia o moría sin haberla aceptado los demás obtenían porciones mayores y si todos la repudiaban, ésta no pasaba a los del grado siguiente sino que era diferida a:

- La gens (gentiles o grupo social integrado por la reunión de familias, cuyos jefes o pater familias descienden por línea de varón de un antepasado común), quienes concurrían todos a la sucesión con iguales derechos. Posteriormente el pretor concedió a los cognados, parientes naturales del difunto, el lugar de los gentiles.

7.1.2 SISTEMA DEL DERECHO HONORARIO O PRETORIO

Al hacerse intérprete de las quejas que contra el sistema de llamamiento de los herederos se hacía en la Ley de las XII Tablas, el pretor construyó, paralelamente al ius civile, instituciones jurídicas más equitativas que tienen su fundamento no en alguna ley, sino en las acciones y excepciones que el pretor concede para dar eficacia procesal a las figuras jurídicas ideadas por él, amparando a los herederos del

de cuius que no eran llamados por la ley citada (hijos emancipados, parientes por línea femenina, etc.). Así el lado de la herencia y del heredero del ius civile creó las instituciones de la bonorum possessio y del bonorum possessor.

Por orden de preferencia, el pretor entregaba la bonorum possessio a las siguientes personas.

- Los liberi (hijos), incluyendo en este grupo a los hijos y descendientes inmediatos del difunto sin distinguir si estaban o no, bajo la potestad del mismo al momento de su muerte. De esta manera quedaban incluidos no sólo los herederos sui sino también los hijos emancipados o dados en adopción siempre que, en este último caso, no formaran parte de la familia adoptiva. En esta categoría la bonorum possessio se distribuía por estirpes, como la herencia civil y dentro de cada estirpe el grado más próximo excluía al más remoto.

Como la concurrencia de los emancipados creaba a veces una situación injusta para los herederos sui, pues aquellos podían haber formado un patrimonio propio por haberse independizado, mientras que éstos seguían adquiriendo para el pater, el derecho honorario creó la collatio (colocación de bienes), institución especial por la cual el emancipado que concurren debía llevar a la sucesión los bienes que hubiera adquirido después de su emancipación.

A falta de los herederos anteriores, el pretor llamaba a

- Los legitimí, que equivalían a los agnados (parientes por vía masculina) de las XII Tablas y por el mismo orden de preferencia (heredes sui, categoría absorbida ya por los liberi, agnados más próximos y los gentiles que desaparecieron pronto), prohibiéndose también la sucesión de grados, prohibición que ahora era una ventaja pues ocurría que a menudo se ofreciera la herencia al grupo de los cognados.
- Los cognados, esto es, los parientes consanguíneos del de cuius, quizá el más importante. Existe ya la posibilidad, aunque lejana, de que la madre sine manu pueda recibir la herencia de su hijo y viceversa. El límite de llamamiento de los cognados es del sexto grado y, en algunos casos, hasta el séptimo grado. Entre ellos, sucedía el de grado más próximo pero el pretor reconocía la sucesión de grados -successio gradum- en caso de que el más cercano faltase (en todos los llamamientos del edicto se daba en favor de una clase u orden si los de la anterior dejaban transcurrir el plazo fijado sin reclamar su concesión -successio ordinum).

Si concurrían varios cognados del mismo grado, la partición se hacía por cabezas.

- A falta de las tres clases anteriores, la sucesión recaía en el cónyuge supérstite.

7.1.3 REFORMAS DEL DERECHO IMPERIAL

En este período continúa la tendencia iniciada por

el pretor de dar preferencia a la familia consanguínea que, finalmente con Justiniano reemplazó a la civil, cuyo sistema, casi en lo esencial, pasó a las legislaciones modernas.

En virtud de los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano se conceden derechos sucesorios a la madre con respecto al hijo y viceversa, pero la reforma total la realizó Justiniano, terminando con la familia agnática y asegurando el triunfo de la familia consanguínea.

El nuevo sistema tiene como base el parentesco moderno por ambas líneas y se inspira en el afecto que domina las relaciones familiares. Tampoco hay ya diferencias por sexos acabando también con la dualidad de las hereditas y la bonorum possessio, lo que cristaliza en las novelas 118 y 127.

Este nuevo sistema de sucesión intestada ofrecía sucesivamente la herencia ab intestato a los siguientes cuatro grupos de parientes:

- Descendientes (emancipados o no) con exclusión de todos los demás parientes, sin distinción de origen, sexo o grado. Si son de grado distinto, los más próximos excluyen a los más lejanos a menos que haya un hijo o hijos premuertos, en cuyo caso, los

nietos heredan a su abuelo. Los descendientes del mismo grado heredan por cabeza; los de grado distinto por estirpe.

- Ascendientes, hermanos y hermanas de doble vínculo y sus hijos. Si sólo existen ascendientes, el de grado más próximo excluye al más lejano; si había varios de igual grado (abuelos maternos y paternos), por estirpes y, dentro de cada estirpe, por cabezas. Si había ascendientes y hermanos la herencia se repartía en porciones iguales, esto es, por cabeza. Los sobrinos heredaban por estirpes la parte que hubiera correspondido a su padre o madre si viviera.
- Hermanos y hermanas solo de padre (consanguíneos) o solo de madre (uterinos). La partición se hacía por cabezas si sólo concurrían hermanos o hermanas. Los hijos de los premuertos reciben lo que hubiera correspondido a sus padres.
- Los restantes colaterales: En esta categoría se comprenden todos los colaterales no comprendidos en las categorías arriba mencionadas. Si existen varios parientes de igual grado, la herencia la adquieren por cabeza. Aun cuando Justiniano no establece hasta qué grado suceden los colaterales, es probable que haya querido conservar las reglas de la sucesión pretoriana de los cognados (sexto grado) y no las de las XII Tablas que admitía los agnados sin limitación de grado.

En otras novelas, Justiniano concedió derechos sucesorios a ciertos sucesores irregulares, a falta de otros herederos. Deja subsistir en favor del cónyuge sobreviviente la *bonorum possessio unde vir et uxor*. Además de que la viuda po-

bre y sin dote obtiene un derecho de sucesión sobre los bienes de su marido, aun en presencia de otros herederos, también estableció para la concubina y sus hijos, alimentos o el derecho a una sexta parte de la herencia, según concurriera con hijos legítimos o no.

En ausencia de parientes y cónyuge, la sucesión podía atribuirse a ciertas corporaciones de las que el autor de la sucesión formara parte (la curia, la Iglesia, etc.) y, en último lugar, es siempre el fisco quien recoge la herencia vacante.

Son pocas las correcciones que el derecho moderno tuvo que aportar a la reforma llevada a cabo por Justiniano. Las principales son:

1.- Una posición más favorable para el cónyuge supérstite.

2.- La disposición de que los medios hermanos pertenecieran al mismo ordo que los hermanos, con la diferencia que sólo reciben el cincuenta por ciento de lo que reciban éstos.

3.- La introducción, aún más allá de los hijos de hermanos, del sistema de la representación, en relación con los colaterales.

4.- Una limitación de la herencia por vía legítima a un máximo de cuatro grados. (Si la justificación del sistema justinianeo y moderno era el presunto afecto dentro de la

familia, no había por qué tener en cuenta los derechos de un pariente de décimo grado; probablemente el de cuius ignoraba su existencia; con lo cual faltaba allí el argumento del "presunto afecto").

7.2 LAS SUCESIONES EN EL CODIGO CIVIL

7.2.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El término "sucesión" posee un sentido amplio y uno restringido.

En sentido amplio es todo cambio de sujeto de una relación jurídica; en sentido restringido "es la sucesión, en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte". (artículo 1281).

Por sus efectos, la sucesión mortis causa puede ser universal, es decir, de todos los bienes, derechos y obligaciones o de una parte alcuota, o bien, a título particular, esto es, de bienes concretos; por su origen puede ser voluntaria, legal o mixta. Al respecto el artículo 1282 del Código Civil establece: "La herencia se defiende por la voluntad del testador o por disposición de la ley".

La primera se llama "testamentaria" y la segunda "legítima" y el artículo 1283 señala que: "El testador puede disponer de todo o de parte de sus bienes. La parte de que no disponga quedará regida por los preceptos de la sucesión legítima".

Entonces, la herencia será testamentaria si se defiere por voluntad del autor, declarada en el testamento; la sucesión legítima es un régimen supletorio de la testamentaria. A falta de testamento, la Ley presume la voluntad del de cujus o autor de la herencia y atendiendo a sus probables afectos, transmite los bienes en favor del cónyuge supérstite o del concubino o la concubina, además de los parientes en sentido estricto. Cuando éstos faltan, heredará la beneficencia pública.

Ahora bien, ambos tipos de sucesión pueden coexistir en el caso en el que no todos los bienes del de cujus sean asignados a los herederos o legatarios; en este supuesto se abrirá la sucesión legítima por lo que hace a los bienes que no fueran materia del testamento (artículos 1283, 1599 fracción II y 1601).

Por lo que toca al nombre del sucesor, éste recibe el de heredero o legatario y aun cuando los dos son sucesores del de cujus o autor de la herencia, su situación jurídica es diferente. El heredero lo es a "título universal" pues hereda toda la masa hereditaria o una parte alcuota en la que se incluyen proporcionalmente bienes, derechos y obligaciones y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda (artículos 1284 y 1678) y el legatario lo es a título particular, sólo recibe cosas determinadas, servicios o prestaciones concretas e individuales y normalmente sólo responde de la carga que expresamente le señala el testador (artículo 1285), salvo que toda la herencia se distribuya en legados, pues entonces se les considera como herederos y responden del pasivo en proporción a su legado (artículo 1286).

La herencia es una consecuencia del derecho de propiedad privada con su carácter de perpetuidad, de allí que aún dejando de existir el titular, éste debe ser sustituido por sus sucesores, por lo que se considera que la disposición de los bienes para después de la muerte debe ser conforme a la voluntad del propietario; a falta de disposición expresa, la Ley presume la voluntad del autor de la herencia.

En la sucesión intestada todos son herederos; sólo el testador puede designar legatarios.

Entre los derechos patrimoniales que se extinguen con la muerte, se encuentran el usufructo, uso, habitación y renta vitalicia; entre los no patrimoniales que se extinguen con la muerte se encuentran los familiares y políticos, no así las acciones de estado de hijo de matrimonio o investigación de la paternidad. (Artículos 332, 335, 347, 348, 349 y 385).

En cuanto a los deberes de tipo personalísimo y con contenido extrapatrimonial, éstos también se extinguen por la muerte (patria potestad, derecho de voto), pero existen otros que tienen efectos económicos y que deben cumplirse aún después de la muerte, como la obligación alimentaria. (Artículo 1368).

7.2.2 SUCESION TESTAMENTARIA

El acto de disposición de bienes mortis causa, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte es conocido como testamento. (Artículo 1295).

Es una declaración de voluntad que debe ser expresada conforme a las formas fijadas por la ley sin las cuales no produce ningún efecto, sujeta necesariamente al plazo de la muerte del autor, pues es hasta entonces que produce sus efectos.

Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no prohíbe expresamente el ejercicio de ese derecho (artículo 1305), esto es, la capacidad de disponer de los bienes para después de la muerte es la regla general, con las excepciones que el artículo 1306 del propio Ordenamiento señala. Para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente el estado en que se halle al hacer el testamento. (Artículo 1312).

Por lo que toca a la capacidad para heredar, como en el caso anterior, en principio toda persona es capaz para adquirir por herencia, ya sea testamentaria o legítima, sin embargo, ciertas personas pueden perder dicha capacidad en relación con ciertas personas y determinados bienes. (Artículo 1313).

Las causas por las cuales se puede perder la posibilidad de heredar son:

- I. Falta de personalidad (artículo 1314).
- II. Por delito (artículos 1316 y 1333).
- III. Presunción de influencia contraria a la libertad del testador o a la verdad o integridad del testamento (artículos 1321, 1323 y 1324)
- IV. Falta de reciprocidad internacional (artículo 1328).
- V. Utilidad pública (artículo 1325); y
- VI. Renuncia o remoción de un cargo conferido en el testamento (artículo 1331).

La transmisión de los bienes ocurre en el momento de la muerte del autor de la sucesión y, es entonces cuando el heredero debe existir y tener capacidad para heredar (artículo 1334) y si la institución fuere condicional, se necesitará, además, que el heredero sea capaz al tiempo en que se cumpla la condición (artículo 1335).

La incapacidad para heredar, como se concibe en el Código Civil para el Distrito Federal, requiere declaración judicial a solicitud de algún interesado y el Juez no puede declararla de oficio. (artículo 1341).

En cuanto a la ineficacia del testamento, ésta puede provenir de la nulidad, la revocación o la caducidad.

El testamento es nulo cuando el testador no es capaz (artículo 1306); cuando es otorgado en contravención a las formas prescritas por la ley (artículos 1484, 1489 y 1491); o cuando la manifestación de voluntad no es libre debido a error, violencia o dolo (artículos 1301, 1485 y 1487).

Las condiciones imposibles y las ilícitas determinan la nulidad de la cláusula testamentaria correspondiente o del testamento (artículos 1347, 1348, 1355, 1358, 1380, 1478, 1481 y 1482).

También serán nulas la condición a que se refiere el artículo 1349, esto es, aquella por la cual se exige que el heredero o legatario hagan en su testamento alguna disposición en favor del testador o de otra persona, así como la disposi-

ción hecha en favor de la persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse (artículo 1390).

En cuanto a la revocación, el testamento es un acto esencialmente revocable (artículo 1295). En tal virtud, el testamento posterior revoca todas las disposiciones del anterior salvo que el testador exprese en el último testamento que el primero subsista en todo o en parte (artículo 1494). Conforme al artículo 367, el reconocimiento de hijos hecho en testamento no es revocable aun cuando éste se revoque.

La revocación producirá efectos aunque el segundo testamento caduque por la incapacidad o renuncia del heredero o de los legatarios nuevamente nombrados (artículo 1495) y serían los herederos legítimos quienes entrarían en posesión de la herencia.

No obstante, el testamento anterior recobrará su fuerza si el testador, revocando el posterior declara ser su voluntad que el primero subsista (artículo 1496).

La caducidad es otra forma de ineficacia que afecta únicamente la institución de heredero o legatario y consiste

en la pérdida de su eficacia por causas extrañas a la voluntad del testador.

El artículo 1497 señala que caducan y quedan sin efecto las disposiciones testamentarias por muerte del heredero antes de la muerte del testador o de que se cumpla la condición por incapacidad del heredero o legatario o por renuncia a su derecho.

En términos generales el testamento que por cualquier causa no produce efectos, ya sea por nulidad, caducidad o revocación, es inoficioso. Técnicamente se considera como inoficioso el testamento en el cual el testador deja de reconocer derechos de algún heredero forzoso.

El Código Civil de 1884 consagró la libertad de testar, principio que se mantiene en el Código actual, sin embargo, se contiene una excepción a dicha modalidad que consiste en el deber de dejar alimentos a ciertas personas (artículo 1368). El artículo 1374 establece que es inoficioso el testamento en que no se deja pensión alimenticia.

En este caso, el preterido tiene solamente derecho a que se le dé la pensión que corresponda, subsistiendo el tes-

tamento en todo lo que no perjudique ese derecho (artículo 1375), pero no obstante esto, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiera testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto otra cosa (artículo 1377).

El testamento inoficioso por no haberse dejado la pensión alimenticia sólo pierde su valor en forma parcial, a efecto de que se asegure la pensión a las personas con derecho a ella.

7.2.3 SUCESION LEGITIMA O AB INTESTATO

"El procedimiento de la inseminación artificial ha venido a crear para la sociedad un grave problema, pues no hay, en los más de los países, legislación alguna sobre esta materia.

...

El Derecho Sucesorio, y en especial la sucesión legítima que es la materia que se viene tratando, se van a ver y de hecho ya se están viendo afectados seriamente por la inseminación artificial, y ello es fácil de comprender:...

...

No obstante, la cosa no es así de fácil, ya que toda la filosofía que inspira la idea de

"descendiente de matrimonio" para los efectos de la sucesión legítima está fundada en la idea de que tal descendiente es producto de la unión carnal del marido y la esposa, y aquí no ha sucedido tal cosa, pues el fruto resulta de un semen extraño al esposo; resulta del semen de un tercero para los efectos de ese matrimonio". (108)

La sucesión legítima es la que se defiere por ministerio de ley, cuando concurren los presupuestos establecidos al efecto.

La sucesión intestada o legítima se abre cuando no existe testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez, cuando el testador no dispuso de todos sus bienes; cuando no se cumpla la condición impuesta al heredero y cuando el heredero muere antes que el testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se nombró sustituto. (artículo 1599).

Cuando siendo válido el testamento no deba subsistir la institución de heredero, subsistirán, sin embargo, las

(108) Gutiérrez y González Ernesto. El Patrimonio. Editorial Cajica, S. A., Puebla, Pue. México, págs. 631, 633 y 634.

demás disposiciones hechas en él, y la sucesión legítima comprenderá los bienes que debían corresponder al heredero instituído (artículo 1600 en relación con los artículos 1336 a 1338 y 1371).

Si el testador dispone legalmente sólo de una parte de sus bienes el resto de ellos forma la sucesión legítima (artículo 1601 en relación con los artículos 1283 y 1599 fracción II).

De lo anterior se deducen dos principios: a) la sucesión testamentaria es preferente y la intestada es supletoria; b) pueden subsistir simultáneamente los dos tipos de sucesión, ya sea sobre una parte de los bienes en cada caso o, por la totalidad en la intestada y, sólo para efectos extrapatrimoniales o de reconocimiento de deberes por lo que hace a la testamentaria (artículo 1614 en relación con los artículos 1283 y 1601).

Los herederos por sucesión legítima son aquellos que por disposición de la ley y a falta de disposición testamentaria, tienen derecho a recibir los bienes del de cujus, con exclusión de otros parientes.

El artículo 1602 dispone que tienen derecho a heredar por sucesión legítima, los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y, en ciertos casos, la concubina o el concubinario y a falta de los anteriores, la beneficencia pública.

El parentesco por afinidad no da derecho a heredar (artículo 1603).

Los parientes más cercanos excluyen a los más lejanos, (artículo 1604), excepto cuando hereda una estirpe que ocupa el lugar del que hubiera sido llamado de no haber fallecido, ser incapaz o haber renunciado (artículos 1609 y 1632).

La ley consagra tres formas de heredar: por cabezas, por líneas y por estirpe. La herencia es por cabezas cuando dentro de un determinado orden de herederos (hijos, padres o hermanos) todos heredan por partes iguales. (Artículos 1605 y 1607).

La herencia por estirpes tiene lugar en primer término respecto a los descendientes de un heredero que dentro de su orden heredaría por cabeza, no puede concurrir a la herencia por haber muerto antes que el causante, es incapaz de here-

dar o renuncia a la herencia (artículo 1609); en segundo término, tiene lugar cuando concurren uno o más descendientes del mismo grado con hijos de un descendiente premuerto del mismo grado o que es incapaz de heredar o no aceptó la herencia, dividiéndose la porción hereditaria entre todos por partes iguales (artículo 1610).

Es por línea cuando la herencia se divide entre los ascendientes de las líneas paterna y materna y los miembros de cada rama se dividirán por partes iguales la porción que les corresponda (artículos 1617, 1618 y 1619).

De lo expuesto se deduce que la sucesión legítima confiere el derecho a heredar únicamente a los parientes por consanguinidad y por adopción, no así a los parientes por afinidad. La ley presupone que el autor de la herencia desea que sus bienes pasen a sus parientes consanguíneos, sucediendo lo mismo en el caso de la adopción, ya que desde el punto de vista jurídico, el adoptado tiene todos los derechos de un hijo legítimo.

Ya sea que se trate de sucesión legítima o testamentaria, puede suceder que al fallecer el cónyuge, la viuda crea haber quedado encinta y, en este caso, la ley establece una se-

rie de disposiciones que tienden a proteger los derechos de quienes se puedan ver afectados por el nacimiento de un hijo póstumo. (Artículos 1638 a 1648).

Al igual que con la inseminación artificial, el derecho sucesorio y dentro de éste la sucesión legítima se van a ver y de hecho ya están afectados con el sistema de fecundación in vitro.

¿Cuál será la condición del hijo producto de una inseminación artificial con semen congelado del esposo fallecido, que nace después de los trescientos días de disuelto el matrimonio? ¿Tendrá derecho a llevar el apellido de su padre o derechos hereditarios sobre su patrimonio?

¿El concebido in vitro que no ha sido implantado en el útero materno a la muerte de su padre se considerará con capacidad para heredar?

Se puede pensar que tal vez sea prematuro intentar dar una respuesta a todas las preguntas que surgen debido al desarrollo de las técnicas de reproducción sin sexo, ya que en su mayoría estas técnicas no han sido suficientemente debatidas, sin embargo, como ha quedado demostrado a lo largo de es-

te trabajo, los problemas originados no pueden quedar circunscritos al campo de los especialistas en infertilidad. Es necesario fijar lineamientos y crear nuevas leyes que protejan a las partes que intervienen, delimitando sus derechos y obligaciones, debiéndose dar una especial protección a los niños que pudieran nacer como resultado del uso de tales técnicas.

CAPITULO CUARTO

FUNDAMENTOS LEGALES PARA LA IMPLEMENTACION DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El derecho, como fenómeno social, no ha podido sustraerse al impacto causado por los avances científicos en materia de reproducción humana, haciendo necesario el cambio de la legislación y el derecho de familia, que forma parte de ella, no puede permanecer ajeno a la transformación experimentada.

Por lo anterior y, a fin de adecuar integralmente el Derecho de Familia al desarrollo científico de este momento, en las siguientes páginas se hará una breve exposición razonada que apoya las modificaciones que se proponen al Código Civil vigente para el Distrito Federal, incluidas en el Proyecto que se presenta.

Por considerarlo de especial interés, aun cuando no se proponen reformas al respecto ya que con ello se excederían los límites de este ya de por sí extenso trabajo, se hacen algunas breves consideraciones sobre la validez en nuestro Dere-

cho, de los contratos de maternidad sustituta, con el mismo fin de apoyar las reformas al Código Civil vigente en el Distrito Federal.

El derecho de las personas para reproducirse es considerado un derecho humano fundamental, como se desprende de diversas declaraciones internacionales sobre derechos humanos al hablar sobre el derecho de "hombres y mujeres en edad plena ... a casarse y fundar una familia" (artículo 12 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos de 1953; artículo 23 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1976 y artículo 16 de la Declaración sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1978).

Como estas declaraciones fueron hechas antes de que la fertilización in vitro y el uso de donantes ocurrieran, se tiene la creencia que se refieren a que la reproducción ocurrirá solamente como resultado de la unión sexual pero, ya que en estos casos el lenguaje es tolerante, se puede presumir que este derecho se extiende a la reproducción artificial, aún cuando esta última no fuere contemplada en ese momento además, los valores e intereses subyacentes en la libertad para reproducir se por medios sexuales sugieren fuertemente la libertad de la

pareja para emplear medios de concepción artificial así como, debatiblemente, a obtener la asistencia de donantes y substitutas, según se necesite.

El donante es esencial si la pareja va a criar un hijo que tiene una conexión gamética o gestacional con ellos. Con el uso de óvulos o esperma donados, la esposa gestará y, la pareja criará un hijo ligado genéticamente con uno de los miembros del matrimonio. Cuando la pareja dona un embrión, se está reproduciendo al proveer los genes del hijo de otra pareja. Si ellos reciben un embrión donado, se están reproduciendo en el sentido de gestar y criar un hijo, resultado de la reproducción sexual. En el caso de las substitutas, la pareja criará un niño genéticamente ligado a uno o ambos miembros de la pareja.

Así como la pareja sería libre, si fuese fértil, para reproducirse tan a menudo como quieran, deben ser libres para procrear con la ayuda de donantes o del útero de una substituta.

En pocas palabras, los intereses y valores que soportan el derecho de reproducirse por medio de la cópula se deberán aplicar también a las técnicas artificiales de reproduc-

ción que hacen posible que la pareja crie un hijo que es el descendiente biológico o que haya sido gestado por uno de ellos. Así, la pareja tendrá entonces el derecho de congelar, almacenar y además que les sean implantados los embriones extracorporales creados con su óvulo y espermatozoides así como el derecho a determinar si sus gametos serán usados para su propia reproducción y disponer de los embriones creados con sus gametos lo cual incluiría un derecho a donarlos a otras parejas, extendiéndose este derecho a la reproducción póstuma, la que podría ser con espermatozoides o embriones del cónyuge muerto, congelados y almacenados.

Establecido ya que la esfera de la libertad de procreación es suficientemente amplia para incluir el derecho de la pareja a emplear las nuevas técnicas de concepción artificial disponibles, permitiéndoles involucrarse en una diversa escala de actividades que comprenden la participación de donantes, el uso de embriones extracorporales y la celebración de contratos con substitutas, la pregunta a contestar es ¿en qué circunstancias tiene uno la obligación moral de abstenerse de reproducirse o de ayudar a otros en la reproducción? Esta pregunta debería ser considerada por todos aquéllos que están pensando en la reproducción, ya sea por medios convencionales o -

artificiales, toda vez que es una cuestión de controversia que necesita ser profundamente analizada.

Lo cierto es que la reproducción artificial crea una variedad de inquietudes, desde los derechos de los embriones extracorporales que se presenta tal vez como el aspecto ético más importante asociado con la fertilización in vitro, hasta la preocupación por el bienestar de la descendencia, su estado legal, la familia, los donantes y el papel de la mujer en la reproducción. Asimismo existen preocupaciones más generales de la sociedad acerca de la deshumanización o materialización de la reproducción debido a una excesiva tecnificación y comercialización.

Todas estas son preocupaciones válidas que influenciarán la elección del individuo; las opiniones sobre la rectitud o injusticia de medios particulares de concepción, también pueden influir adecuadamente la toma de decisiones individuales o institucionales para buscar, evitar o proporcionar tales servicios. Nadie está obligado a prestar ayuda a otros para que se reproduzcan artificialmente aunque es innegable que puede haber personas que por razones familiares, afectivas o humanitarias deseen ayudar.

Estas inquietudes sobre los daños potenciales que las nuevas técnicas pueden causar y su impacto social a largo plazo se mezclan profundamente con la autonomía para tomar decisiones personales y la autonomía de los investigadores y médicos que las desarrollan y ofrecen. Su existencia obliga a tomar la determinación de usarlas o no y a enfrentar conflictos de legitimidad, linaje, paternidad y familia.

2. TÉCNICAS ESPECÍFICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIAL

Las técnicas de reproducción artificial cierran un círculo abierto con la introducción de los anticonceptivos como un medio seguro para evitar la reproducción sexual y la sociedad parece apoyarlas como lo hizo antes con los métodos anticonceptivos pero, más expectante sobre las implicaciones originadas y, consecuentemente más interesadas en su reglamentación, argumentándose como principal justificación para su uso los niños nacidos como resultado de estos nuevos avances científicos.

Estos procedimientos, muy discutidos y discutibles, presentan profundas interrogantes a muchas de las cuales, como antes se dijo, tal vez sea prematuro tratar de dar una respues-

ta debido a los variados y controvertidos aspectos que ofrecen pero, sería absurdo no intentarlo siquiera en aquellos en los que pueden ser relativamente fáciles de resolver.

INSEMINACION ARTIFICIAL POR ESPOSO

(I A E)

Ya se ha visto en el Capítulo I de este trabajo que el uso de la IAE no presenta ningún problema jurídico sobre la identidad de los padres, encontrándose además, que su empleo es ética y ampliamente aceptado en los casos en los que existen claras indicaciones médicas. La descendencia lograda por este método es producto de matrimonio con la misma protección legal que los nacidos por vía natural.

Esto es, la protección que actualmente otorga el ordenamiento jurídico se extiende a los hijos nacidos por inseminación artificial o cualquier otro método de reproducción artificial en el que se utilicen los gametos de la pareja unida en matrimonio o en concubinato, según sea el caso.

Sin embargo la situación parece complicarse en los casos de inseminación póstuma.

Es sabido que en el estado actual de la legislación mexicana los que no estén concebidos al momento de la muerte del autor de la herencia ni tendrán derechos hereditarios ni podrán llevar el apellido de su progenitor, lo que hace necesario modificar la ley para que expresamente se reconozcan los derechos no sólo del hijo nacido como resultado de la IAE, sino del que aún no se encuentra en el útero materno a la fecha de la muerte del autor de la herencia, es decir, cuando se use espermatozoides congelados, preservando de esta manera no sólo sus derechos patrimoniales sino su potencial de llegar a ser una persona.

2.2 INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE

(IAD),

EMBRIONES Y OVULOS DONADOS

Visto ya que una de las mejores opciones para superar la incapacidad de una pareja infértil para tener su propio heredero es el uso de la IAD y que su uso es éticamente aceptado, siempre que exista una justificación médica, es necesario que la ley sea modificada para evitar cualquier ambigüedad sobre el estado legal del hijo o hijos nacidos como resultado de la inseminación artificial por donante; esto es, el niño nacido como resultado de la IAD, ya sea a través de un procedi-

miento in vivo o in vitro cuando el esposo o concubinario ha dado su consentimiento por escrito para que ella sea inseminada (ver apéndice), deberá presumirse legítimo desde el momento de la concepción y, el donante no tendrá derecho o deber alguno para con el niño (ver apéndice) y éste tampoco tendrá derecho o deber alguno para con el donante. Los padres son la receptora del esperma y su esposo que consintió en la inseminación.

De la misma manera, la ley deberá ser cambiada para permitir que el esposo o concubinario de la madre sea registrado como el padre del hijo resultante de la IAD, evitándose cualquier anotación sobre su origen.

La IAD tampoco podrá considerarse ni como adulterio ni podrá invocarse como causal de divorcio, siempre que exista el consentimiento informado de ambos cónyuges, el cual deberá ser otorgado antes de que se inicie el procedimiento, lo que permite inferir que la pareja ha sido debida y ampliamente informada sobre las implicaciones del procedimiento.

Los problemas surgidos con motivo de la donación de óvulos son tan similares a los originados por la IAD que cualquier consideración por separado sería redundante.

Esto es, la ley deberá reformarse para reconocer que un niño concebido por una mujer o, nacido de una mujer como resultado de un óvulo donado, obtenido ya sea in vivo o in vitro, deberá ser reconocida automáticamente como la madre del niño, debido a la fuerte presunción legal de que la mujer que da a luz a un hijo es la madre legal de ese niño y que la donante del óvulo no tendrá derecho o responsabilidad alguna en relación con el niño.

La reforma que se propone deberá también otorgar al niño, nacido como resultado de un embrión donado la misma protección y reconocimiento legal otorgado a los hijos nacidos por medios naturales.

2.3 FERTILIZACION IN VITRO Y TRANSFERENCIA DE EMBRION (FIV/TE)

La fertilización in vitro seguida de la transferencia de embrión es un procedimiento aceptado éticamente que requiere de una técnica biomédica altamente sofisticada para obtener uno o más óvulos fertilizarlos en una caja de Petri y transferirlos al útero materno. Cuando los gametos de la propia pareja son los usados, la FIV no presenta mayores problemas que la IAE ya que los padres genéticos, gestantes y socia-

les son los mismos. El estado legal del niño nacido como resultado de la FIV es claro: es hijo de matrimonio.

Pero la cuestión no es tan simple. Si bien es cierto que la técnica de la FIV/TE es éticamente aceptada y vista como un medio para que una pareja que no es capaz de reproducirse en forma natural pueda tener su propia descendencia, también, es cierto que los problemas que ocurren como consecuencia de su uso son más complejos.

Uno de los primeros problemas a dilucidar es la determinación del estado legal del óvulo fertilizado, no en la matriz pero sí en un "tubo de ensayo".

2.3.1 ESTADO LEGAL DEL EMBRION EXTRACORPORAL

El estado legal y ético del embrión humano ha sido discutido ampliamente y a pesar de ello sigue sujeto a controversias hasta el día de hoy, no solamente en relación con el aborto, sino también en relación con las alternativas de reproducción actuales tales como la fertilización in vitro.

La pregunta a contestar es si sus características biológicas son importantes para el tratamiento que habrá de darse al ser humano en desarrollo, entre su fertilización y su nacimiento, cuando está experimentando un cambio biológico rápido y progresivo.

Aunque el embrión extracorporal (o "preembrión extracorporal" como lo denomina el Comité de Ética de la Sociedad Americana de Fertilización, definiéndolo en su obra ya citada, página VII, como "el producto de la unión de dos gametos desde la aparición del axis embriónico, etapa que dura hasta el catorceavo día después de la fertilización"), no ha sido nunca antes tomado en cuenta, existen principios morales y legales para su evaluación.

Algunas de las discusiones acerca de su estado resultan de la falta de distinción entre "preembriones", embriones y fetos.

El preembrión es una masa de células sin forma humana reconocible. Tiene una escasa oportunidad de implantación y de llegar a término aun si es transferido al útero. Antes de la implantación aun no es un individuo desde el punto de vista del desarrollo. El embrión es fisiológicamente mucho

más complejo y sus posibilidades para producir un nacimiento vivo son más prometedoras.

Se ha implantado en la pared del útero y desarrolla un sistema nervioso y otros órganos. Hacia la octava semana ha avanzado en estructura, tamaño, forma y diferenciación de sus órganos.

En la fertilización en vitro (FIV) y otras formas de reproducción médica asistida, el preembrión no está colocado dentro del cuerpo de la mujer; sin embargo, es un ente viviente, genéticamente único, que tiene el potencial estadístico de implantarse, si es transferido a un útero y eventualmente ser entregado como un niño recién nacido. El preembrión, a través de la organogénesis, da lugar al embrión y entonces, a través del crecimiento y maduración, al feto.

Con la fertilización in vitro se aísla el preembrión haciendo posible su observación directa o intervención de terceros por lo que es importante determinar su estado moral y legal, el cual no debe diferir del tratamiento dado hasta ahora el producto logrado cuando su desarrollo se da dentro del cuerpo materno, esto es, deben reconocérsele sus derechos iguales a los del embrión y por su especial significación

y su potencial de llegar a ser una persona, merecedor de un respeto mayor que aquel que se da a cualquier tejido humano, ya que es de todos sabido que en forma definitiva un embrión humano es más valioso que un riñón y, mucho más simbólico, refiriéndonos a la vida humana.

En nuestro derecho, el no nacido, no importa la etapa gestacional, desde el momento en que es concebido, goza de la protección del derecho comprendiéndose en primer lugar la preservación de la vida y, se le tiene por nacido para ciertas consecuencias legales tales como capacidad para heredar y para recibir legados y donaciones. Así, los hijos póstumos heredan.

En el contexto de la reproducción artificial es posible que un padre-donante muera antes de la implantación del embrión en la madre pero después de la "concepción" in vitro ¿puede este niño heredar?. Como quedó establecido en el párrafo anterior, si el niño fue concebido en el útero materno, puede heredar; entonces, no hay razón lógica o de orden público por la cual el concebido in vitro no pueda heredar, teniendo en cuenta que la identidad del padre-donante ha sido debidamente establecida.

El mismo criterio deberá seguirse en los casos en los que el embrión fertilizado in vitro provenga de terceras partes siempre y cuando exista el consentimiento informado otorgado por parte de la pareja receptiva y que el embrión se encuentre plenamente identificado. La pareja donante perderá todos los derechos sobre el embrión.

Debido a la ausencia de leyes que regulen las relaciones de las partes involucradas en un programa de fertilización in vitro es recomendable la celebración de un contrato en el que los miembros de la pareja, el personal médico que intervenga y en su caso, los donantes sean parte.

En dicho contrato se especificará que la pareja proporcionará los gametos y, eventualmente acordar que ambos consenten en que el embrión sea donado o, bien que están de acuerdo en recibir uno donado con pérdida, en ambos casos, por parte de la pareja donante de todos los derechos que pudieron tener sobre el embrión.

Se deberá establecer que los gametos serán conservados bajo un estricto control por el personal responsable encargado del proceso de la FIV.

Asimismo, el padre deberá reconocer como suyo al hijo nacido por este procedimiento, esto, para asegurar los derechos hereditarios del hijo póstumo nacido como consecuencia del uso de la FIV.

2.4 MATERNIDAD GESTANTE SUBSTITUTA

El propósito inicial de la fertilización in vitro fue obtener un embrión para implantarlo en el útero de la mujer de la que provenía el óvulo. Es esta la situación clásica de la FIV.

Sin embargo, la existencia de un embrión fuera del cuerpo de la mujer que provee el óvulo crea la posibilidad de que el embrión sea gestado por una segunda mujer que lo devolverá a sus padres genéticos después de su nacimiento. Con este procedimiento, la mujer que lleva el embarazo a término es conocida como la "madre gestante sustituta". Ella proporciona el componente para la gestación mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos componentes, el genético y el gestante para la reproducción.

Cuando una mujer es incapaz de proporcionar el componente gestante para la reproducción contrata con una madre

gestante sustituta para que lleve el embarazo a término. Su óvulo es fertilizado con esperma de su marido y el embrión resultante es transferido a la madre gestante sustituta. El procedimiento en sí es el mismo usado en la donación de embriones; sin embargo, la intención de las partes en ambos casos es diferente porque la receptora del embrión, en este caso, la madre gestante substituta, acuerda en entregar al niño, después de nacido, a sus padres genéticos.

Antes de entrar al problema de la determinación de la paternidad es necesario hacer una breve consideración sobre si los contratos para gestar un niño son legalmente permitidos.

2.4.1 CONTRATOS DE MATERNIDAD DELEGADA

Toda vez que el estudio de los contratos no es el objeto de este trabajo, su análisis, de ninguna manera exhaustivo, se concretará a los elementos de existencia y requisitos de validez, tal como se encuentran reglamentados en el Código Civil vigente para el Distrito Federal.

A primera vista no es claro si tales contratos serán declarados válidos; tampoco lo es si en el caso de que en los mismos se pactaron honorarios y alegando que esta circuns-

tancia promovería su explotación o comercialización además de ser un hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres por traficar con menores, deberán ser declarados nulos.

Sin embargo, una posición legal tan firme no necesita ser tomada ya que del breve análisis que se hace a continuación se desprende que los contratos para gestar y entregar, a su nacimiento, un niño a los presuntos padres, son legalmente permitidos en nuestro Derecho.

El Código Civil, en su artículo 1793 recoge el antiguo concepto romano y atribuye al contrato únicamente las posibilidades de crear y transmitir derechos y obligaciones como efectos del mismo.

Las consecuencias o efectos que se generan por la celebración de un contrato de maternidad delegada son la creación de obligaciones para las partes; una obligación primaria de respetar lo pactado entre los contratantes respecto a la forma y condiciones en que deba desarrollarse el contrato y conservarse en aptitud de poder cumplir las prestaciones a las que se obligaron; una obligación secundaria o posterior será

la de realizar la prestación que consiste en una obligación de dar, hacer o no hacer.

La doctrina general del derecho señala como elementos de existencia la voluntad, el objeto y la solemnidad en ciertos casos. El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1794, trata los dos primeros.

La voluntad es factor determinante para que el acto pueda existir. El contrato, acto jurídico por excelencia, se realiza por la voluntad de las partes, funcionando ésta como ley suprema, disposición reconocida en todos los regímenes jurídicos, elevada a categoría de principio general de derecho, generando derechos y obligaciones en la forma en que los contratantes quisieron hacerlo y en los términos que aparezcan del contrato celebrado, sin más limitaciones que las que establece el orden público y las buenas costumbres y que circunscriben el concepto de licitud, principio éste que puede enunciarse como: lo que no está prohibido está permitido.

Así pues, en el contrato a estudio el consentimiento no presenta ninguna regla especial; esto es, debe existir el acuerdo de voluntades de los contratantes consistente, por una parte, en la aceptación de la sustituta de gestar un niño,

para entregarlo a su nacimiento, a la pareja contratante, la que a su vez ha aceptado a cubrir como contraprestación, un pago a la sustituta, que puede ser desde un reembolso por gastos hasta un pago sustancial por honorarios, perfeccionándose dicho contrato con el simple acuerdo de voluntades, obligando a las partes en los términos expresamente convenidos.

En relación con el pago de honorarios no se puede negar que puede haber mujeres que deseen gestar un hijo para otra mujer por razones familiares, afectivas o humanitarias, como en los casos de trasplantes de órganos y, también es posible, como se dijo, antes, que se aduzca que con el pago se promueva la explotación y comercialización de la maternidad por contrato, pero, aunque sería preferible que la sustituta no recibiera pago alguno por su participación más allá de ciertos gastos médicos y legales, en algunas ocasiones será necesario pagarle toda vez que no existen muchas mujeres que reúnan los requisitos que las parejas infértiles necesitan además de que su participación en la reproducción es bastante mayor que la de los donantes de espermatozoides, óvulos o embriones. No puede alegarse tampoco que este pago a la sustituta se equipara a un tráfico de menores porque muy posiblemente uno de los miembros de la pareja contratante, o ambos, proveyeron el material biológico: tienen ya una relación legal con el niño. Se puede argu-

mentar también que la concepción tiene todos los signos de ser un acto intensamente humano. Tiene como resultado un embarazo deseado y planeado que no es consecuencia de un deseo involuntario sino la culminación de un acto de amor, esperado y preparado por sus "padres".

Una diferencia más se encuentra en el hecho de que el contrato es celebrado antes de la concepción: el pago es por la ayuda para gestar un niño y no a cambio de la posesión del niño; es para ayudar a una pareja que realmente lo desea pero es incapaz de concebirlo de la manera tradicional.

De la misma manera que no puede aceptarse que exista un acto jurídico sin la voluntad, tampoco lo es un acto jurídico que carezca de objeto.

El Código Civil señala como objeto de los contratos la cosa que el obligado debe dar y el hecho que debe hacer o no hacer.

La cosa, para ser objeto del contrato debe existir en la naturaleza; estar determinada o poder determinarse en cuanto a su especie y, estar en el comercio.

El hecho, positivo o negativo, debe ser posible y lícito.

El objeto en el contrato de maternidad delegada - consiste en una conducta de hecho y, por lo mismo, las características que debe reunir son las de su posibilidad y licitud.

Así, será objeto imposible aquella cosa, hecho o abstención que no tenga facticidad real, porque la impida una ley natural o una ley jurídica, por tanto, existen dos casos de imposibilidad: la física o natural (debe estar en la naturaleza) y, la jurídica (debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie y debe estar en el comercio).

Para que el contrato sea válido es indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor como el por qué de su proceder sean lícitos, es decir que no sean contrarios a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres.

Ni la ley ni la doctrina señalan el criterio a seguir a fin de establecer un concepto de orden público, concepto de gran elasticidad que engloba enormes circunstancias, sin embargo, la doctrina sí señala que son leyes de orden público aquellas normas que integran el Derecho Público (Constitucio-

nal, Penal, Administrativo o Procesal); normas de Derecho Privado que tengan un interés público (las que reglamentan el estado y capacidad de las personas); también las que se refieren a la regulación de la propiedad inmueble; las que imponen prohibiciones o medidas dictadas en protección de terceros así como las normas protectoras en materia de obligaciones y contratos.

De igual manera el concepto de buenas costumbres no ha sido fijado en la ley, ni la doctrina le da un contenido uniforme, tal vez porque dicho concepto es necesariamente vago e impreciso; cambia según la época y el lugar.

El Lic. Ramón Sánchez Medal, señala en su obra (109) que en ejecutoria dictada el 18 de marzo de 1976, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Amparo en Revisión 20/76 de Eros, Cfa. Editorial, S. A. y Editorial Posada, S. A., definió las buenas costumbres como "... las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sen-

(109) Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1976. p. 28.

tir del común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno", o bien como "la concepción ética que predomina en nuestro medio cultural y que informa nuestra legislación, por ejemplo, la observación de la monogamia y la fidelidad en el matrimonio, y a la inversa, constituyen actos reprobables, o se califican malas costumbres, en mayor o menor grado, el adulterio, el incesto, la prostitución, el lenocinio y el homosexualismo, y también la incitación, directa o indirecta a tales actos."

De lo anteriormente expuesto, se deduce que el objeto en el contrato de maternidad delegada es un objeto física y jurídicamente posible toda vez que, no existe una imposibilidad física, esto es, ninguna ley de la naturaleza constituye un obstáculo insuperable que impida su realización; si la persona por sus condiciones no puede ejecutar el hecho pero otra persona puede llevarlo a cabo, la obligación de hacer es jurídicamente existente y, por lo tanto, se puede condenar al deudor a que pague la ejecución que realice esa tercera persona o bien que indemnice por los daños y perjuicios causados, a elección del acreedor.

Además, tampoco se contraría ninguna ley de orden público y mucho menos las buenas costumbres.

De igual manera que la sociedad aprueba el trasplante de órganos para salvar vidas, se puede aducir que la participación de una madre por contrato proporciona a un niño en potencia "la oportunidad de existir", oportunidad que de otra manera no tendría. El hijo así nacido será criado por una pareja que lo deseaba tanto que participó en un procedimiento novedoso que involucraba además de problemas de tipo legal otro tipo de riesgos. No se puede negar a un hijo el derecho a tener padres y como consecuencia, cariño y cuidados.

Además del consentimiento y el objeto que son imprescindibles para que pueda hablarse de contrato, la ley exige otros requisitos que deben darse en su formación y existir aún antes del contrato, que son la capacidad de las partes, la ausencia de vicios de la voluntad, la licitud en el objeto, motivo o fin y la manifestación del consentimiento en la forma exigida por la ley.

La capacidad es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce) y, para hacerlas valer por sí mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales (capacidad legal o de ejercicio).

Es la capacidad legal o de ejercicio la que constituye el requisito de validez que se examina.

En términos generales, en el contrato de maternidad delegada la pareja contratante sólo requiere para la celebración válida de este contrato, la capacidad general, es decir, la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para adquirir la titularidad de los derechos nacidos como resultado de su celebración, sin requerir una calidad específica; en cuanto a la madre por contrato, además de tener la capacidad general y ser considerada como una persona psicológicamente equilibrada y emocionalmente madura, se requiere de una capacidad específica, que es la capacidad para gestar lo que significa que toda persona que reúna estas características es capaz - mientras no exista una norma que se lo impida.

Así como se requiere de la voluntad para que el contrato exista es también necesario que ésta no se encuentre sujeta a circunstancias que le resten su fuerza, ya que si concurren la manifestación de la voluntad no corresponde a la intención real del sujeto.

Estos factores conocidos como vicios de la voluntad son el error, miedo o temor, dolo, mala fe y lesión.

El error (de hecho, de derecho y de cálculo) es el falso concepto acerca de la realidad y se considera vicio de la voluntad en razón de que el contratante no habría contraído la obligación o lo hubiera hecho en condiciones diferentes, de conocer el error en que se encontraba (error determinante).

El miedo o temor es la perturbación emocional que experimenta una persona como resultado de la coacción (violencia física) o amenazas (violencia moral) serias e injustas ejercidas sobre ella. Jurídicamente es vicio de la voluntad en tanto que es producido por violencia física o moral ejercida sobre un individuo para forzarlo a expresar su voluntad en determinado sentido. Es, por tanto, el miedo el vicio de la voluntad y no la violencia que es el medio para presionar y obtener la declaración de la voluntad.

El dolo consiste en el empleo de sugerencias o artificios que tienden a inducir en error a la persona con quien se desea contratar; la mala fe estriba en la disimulación del error en que ha incurrido uno de los contratantes.

Ahora bien, es cierto que la voluntad, como uno de los elementos esenciales del contrato debe manifestarse en forma consciente y libre pero no es menos cierto que en el caso

de la maternidad por contrato es una voluntad formada y declarada consciente y libremente ya que previo a la celebración de dicho contrato y, por lo tanto antes de que se inicie el procedimiento, las partes han sido debidamente informadas de las alternativas y riesgos que tal técnica de reproducción asistida ofrece por lo que tienen la posibilidad de tomar una decisión razonada y, en caso de que decidan continuar, otorgar, libre de toda coacción, su consentimiento informado con las formalidades y requisitos que la Ley de la materia exija.

En cuanto a la lesión cuyo concepto preciso no lo da la ley civil, considerado por la doctrina como la desproporción que existe entre los beneficios que obtiene uno de los contratantes y las obligaciones que el otro debe cumplir, que se le refuta vicio de la voluntad en atención a la suposición de que debido a una apremiante necesidad se coacciona la voluntad de una de las partes forzándola a aceptar obligaciones que de no existir tal circunstancia no habría admitido, tampoco vicia dicho contrato ya que las partes están frente a un acto en el que se están pactando derechos y obligaciones recíprocas, no produciéndose menoscabo alguno en la esfera jurídica de una de las partes en beneficio de la otra; pueden reflexionar y disponer de la libertad de elegir y decidir conscientemente, al menos dentro de ciertos límites.

Entre los beneficios potenciales que recibirían las partes involucradas en un procedimiento de maternidad delegada o por contrato se pueden señalar los siguientes:

Para la esposa que carece de útero y desea criar un hijo, la participación de la madre gestante substituta le da la oportunidad de tener un hijo en un plazo más corto que el que le tomaría para una adopción tradicional, además, es un niño ligado genéticamente tal vez con ella o por lo menos con su marido.

Para el esposo de la mujer, si ella es infértil, puede significar la única opción de engendrar un hijo y evitar un divorcio con el fin de volver a casarse para tenerlo o evitar sostener una relación de adulterio.

Desde luego, la participación de la subrogada como última alternativa y por razones médicas que la justifiquen parece ser menos dañina para la institución familiar que las últimas dos opciones.

Por lo que hace a la madre gestante substituta, el procedimiento puede ofrecerle la oportunidad de realizar un acto altruista, además de disfrutar un embarazo. Estudios preli-

minares demuestran que aproximadamente un tercio de madres substitutas ven el procedimiento como una ayuda psicológica. Son mujeres que con anterioridad han tenido abortos voluntarios o dado un hijo en adopción y, aparentemente, el ser madres gestantes substitutas les proporciona la experiencia de un embarazo psicológicamente satisfactorio y los riesgos para la pareja y la madre gestante pueden ser menores que cuando se emplea una madre subrogada (aquella que provee ambos componentes, el gestante y el genético) toda vez que aquélla no está renunciando a su hijo genético.

Aquellas mujeres que participan como madres por contrato a cambio de un pago se benefician con un ingreso extra.

El motivo o fin en los contratos es el propósito que induce a su celebración; es la razón decisiva que ha inducido a los contratantes, la cual es diferente en cada caso. Los fines que se pretenden conseguir son los que matizan el acto, dándole un tinte de utilidad y beneficios sociales o confiéndole una tónica nociva para la comunidad, produciendo en este último caso, su nulidad.

Para que el contrato sea válido es indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor como el por qué de su

proceder sean lícitos, esto es que sean compatibles con lo dispuesto por las normas de orden público y por las buenas costumbres. Sobre esta última parte y en obvio de repeticiones, nos remitimos a lo expuesto en la parte relativa al objeto como elemento de existencia.

Finalmente, el consentimiento debe manifestarse en la forma que la ley establece.

Por forma debe entenderse el medio empleado para exteriorizar la voluntad encaminada a la producción de obligaciones y ésta puede ser expresa, en la que la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito o por señas si éstas resultan de significado inequívoco; o puede ser tácita si resulta de hechos o actos cuya realización supone, desde el punto de vista legal, la expresión de un consentimiento; sin embargo, el Código Civil establece para cada contrato la forma que debe revestir el consentimiento y que en el contrato de maternidad delegada se sugiere sea por escrito.

Como se desprende del anterior análisis, de conformidad con las reglas generales los contratos de maternidad delegada se encuentran permitidos pero para evitar, entre otros problemas su explotación y comercialización es recomenda-

ble que sean expresamente reglamentados, habida cuenta de que la maternidad por contrato tendrá lugar única y exclusivamente en los casos en los que existan indicaciones médicas precisas.

Todavía más, el derecho tiene que cambiar, no puede permanecer estático ante los avances científicos; deben promulgarse leyes que se adecúen a la vida presente y faciliten la participación de la madre por contrato y reconozcan a la pareja contratante como los padres legales, otorgando validez a los contratos celebrados haciéndolos de cumplimiento obligatorio y, para que los potenciales conflictos de intereses y explotación puedan ser evitados, se reconozca que en algunos casos será necesario fijar el pago de honorarios. Si la madre por contrato se negara a entregar al niño, sería apropiado también un cambio en la ley para asegurar que los padres genéticos que contrataron con la madre delegada serán considerados los padres legales.

Un intento por parte del Estado para prohibir la participación de la madre delegada o por contrato daría a la pareja contratante un fuerte argumento para alegar que se estaría violando su libertad de procreación otorgada por el artículo Cuarto Constitucional.

2.4.2 DETERMINACION DE LA PATERNIDAD

De particular importancia resulta la determinación de la paternidad. En este punto la identificación de la madre es de mayor importancia que la identificación del padre ya que ella juega un papel mucho más significativo en la gestación y el nacimiento del niño que el padre. A diferencia del padre, por ejemplo, la madre gestante siempre estará presente y será fácilmente identificable en el momento del nacimiento. El problema a dilucidar es quién, entre la madre genética y la gestante, se presumirá la madre legal.

Esta situación se presenta igualmente cuando se emplean las técnicas de maternidad subrogada, transferencia de embrión subrogado y el uso de embriones donados (generalmente congelados).

El primer punto es que el Código Civil vigente para el Distrito Federal requiere que "la madre", entre otras personas, declare el nacimiento del niño (aunque el registro puede guardar silencio sobre el padre, además, de que está expresamente prohibido al Juez del Registro Civil indagar sobre la paternidad).

En las actuales circunstancias sin las reformas que se proponen no cabe duda que por "madre" la norma quiere significar la persona que dio nacimiento al niño, en primer lugar porque la posibilidad de transferir un embrión no existía cuando se promulgó la ley y, en segundo lugar porque la misma ley impone a otras personas que presenciaron el alumbramiento la obligación de declarar el hecho a fin de que se levante el acta respectiva conforme a las disposiciones relativas. De esta manera la ley vigente requiere que sea la madre gestante quien presente al niño para su registro; pero, la existencia de un registro no es conclusiva del origen biológico del niño, entonces, la carga de la prueba recaerá en la madre contratante para demostrar que es ella y no la madre gestante substituta, la madre del niño.

El examen de una muestra de tejido o de sangre puede establecer sin lugar a dudas el origen biológico además de que aun cuando el embrión depende de la madre gestante substituta para su nutrición y para eliminar productos de desecho, su circulación y la de la madre gestante substituta son diferentes y su material genético se determinó en el momento de la concepción y por lo tanto es inmutable.

En consecuencia, como una excepción a la determinación de que la mujer que da a luz es la madre legal, en los nacimientos en los que participe una madre gestante substituta, la mujer contratante será considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la madre contratante, por tanto, el marido o concubinario de la madre contratante se presumirá como el padre legal.

2.5 MATERNIDAD SUBROGADA

La presunción de la paternidad ofrece mayores problemas cuando participa una madre subrogada. En este caso, se usa el espermatozoides del marido de la pareja contratante para inseminar a la subrogada quien llevará el embarazo a término y entregará al niño nacido a la pareja con quien ha contratado debido a que la esposa es infértil. Después del nacimiento la esposa adoptará al niño. Sin embargo, si la subrogada es casada, la ley presumirá que su esposo es el padre del niño, por lo que para evitar este conflicto es que se propone la reforma, en cuyo caso tal presunción dejaría de operar.

A diferencia de la maternidad gestante substituta, que implica una transferencia de embrión después de haber sido fertilizado in vivo o in vitro, la maternidad subrogada depen-

de exclusivamente de la técnica de la inseminación artificial y, no es biológicamente diferente de la situación contraria en la que el esposo es infértil y la mujer concibe por inseminación artificial.

La razón primaria para su uso como una alternativa para la reproducción es lograr un niño genéticamente ligado por lo menos a un miembro de la pareja, por lo demás, la participación de la madre subrogada, quien provee el óvulo y el útero es bastante más común que la participación de la madre gestante substituta, quien provee únicamente el útero.

Algunas mujeres participan como subrogadas para ayudar a una amiga o familiar infértil sin pactar honorario alguno. En otros casos la subrogada es una extraña que recibe una compensación o pago por sus servicios.

En cualquier caso, sin embargo, es de la mayor importancia que la madre subrogada sea informada adecuadamente tanto de los riesgos que implica su participación (riesgos físicos, médicos y psicológicos) como de la duración del procedimiento, por lo que conociéndolos éstos pueden ser aceptados por los presuntos participantes, quienes estarán en posición de tomar la decisión adecuada y continuar o no con esta alter-

nativa de reproducción, otorgando al efecto, en su caso, su consentimiento informado.

Si el uso del esperma donado es visto como permisible para compensar la infertilidad en el varón, la participación de la madre subrogada para compensar un problema de infertilidad en la mujer tiene que ser también permitido, a menos que pueda demostrarse que es significativamente más riesgoso para los participantes o para la sociedad que la inseminación artificial por donante.

Por todo lo anterior es recomendable que los contratos para concebir y dar luz a un niño, que será entregado después de su nacimiento a los padres contratantes, sean reglamentados. Un niño concebido a través de una madre subrogada puede nacer en un ambiente más saludable que aquél niño cuyo nacimiento no fue planeado.

En el contrato que se celebre deberá establecerse expresamente que la madre subrogada entregará al niño a la pareja y está de acuerdo en dárselo en adopción a la esposa infértil. Toda vez que la decisión es tomada antes que el embarazo se origine y el contrato es celebrado con la intención específica de renunciar al niño, no puede compararse con el ca-

so de la mujer que ya estando embarazada es obligada a dar en adopción a un niño que ella desea conservar.

Ya que la adopción tiene un motivo justo y debe representar en todo caso ventajas para el adoptado es recomendable la reglamentación en el Código Civil para el Distrito Federal de la adopción plena, con los efectos que esta forma de adopción implica, efectos que todos sabemos son mucho más extensos que los de la adopción clásica o simple, esto es, el hijo adoptivo rompe los vínculos con su familia de origen y pasa a ser un miembro más en la familia del adoptante, de la misma manera que si fuese su hijo biológico.

2.6 TRANSFERENCIA DE EMBRION SUBROGADO

La transferencia de un embrión subrogado es un procedimiento paraquirúrgico a través del cual el embrión es obtenido de una donante para ser transferido a una mujer infértil. Esta es una forma de donación prenatal y requiere una participación muy limitada de la substituta.

La justificación para la aceptación de esta técnica se encuentra en el hecho de que la donante del embrión no tiene intención de dar a luz al niño y su transferencia es única-

mente parte de un largo procedimiento para lograr un embarazo que de otra manera no ocurriría.

Una vez que el embrión es transferido, la receptora proporciona el material necesario para que se complete la gestación y ella asume los riesgos del embarazo.

Habida cuenta de que se obtuvo, en primer lugar, el consentimiento informado de los participantes, el cual fue otorgado con pleno conocimiento de sus implicaciones y sin ningún tipo de coacción y que la ley reconoce a la mujer que da a luz como la madre legal, la esposa será considerada la madre legal, aun cuando no sea ella la madre genética.

2.7 EMBRIONES CONGELADOS

Uno de los procedimientos más controvertidos entre las nuevas técnicas de concepción humana artificial es el congelamiento de embriones que obliga a reexaminar todos los problemas originados por la reproducción sin sexo, no por el congelamiento en sí (asumiendo que puede ser llevado a cabo sin dañar al embrión) pero sí por los múltiples problemas potenciales que puede originar. Entre otros se encuentra la confusión en la identidad de los padres ya que el embrión con-

gelado puede no estar genéticamente ligado con uno o con ambos padres; su estado legal; sus derechos hereditarios o su "pertenencia".

Por el momento y toda vez que los riesgos o posibles beneficios de este procedimiento no pueden ser determinados, es difícil emitir un juicio ético, por lo que su empleo debe considerarse todavía como un experimento clínico hasta en tanto su porcentaje de éxito y los riesgos para el embrión - sean claramente definidos.

Pero en caso de que una pareja participante en un programa de FIV, identificada sin lugar a dudas, deseara un segundo embarazo o porque la primera implantación no tuviera éxito, consintiera en la congelación del embrión, suponiendo que de ella provienen los gametos, deberá otorgar su consentimiento informado de manera indubitable, expresando claramente el propósito y el tiempo probable de almacenamiento. Además, indicará las disposiciones a las que se sujetará el embrión o embriones almacenados en caso de accidente, muerte de alguno de los cónyuges o de disolución del matrimonio. Tales disposiciones deberán hacerse antes de que el procedimiento sea iniciado.

Si la pareja decide donar uno o varios embriones congelados perderá todos sus derechos que pudiera tener sobre ellos, considerándose en este caso a la pareja receptora como los presuntos padres legales con todos los derechos y obligaciones que esta situación conlleva.

3. LA FAMILIA

Finalmente, en relación con el concepto "familia" si bien es cierto que éste debe cambiar a fin de dar cabida a la diversidad de familias que en su sentido amplio hoy día existen (unión libre, madre soltera o abandonada, familias de divorciados, etc.) y que nuestra legislación debe tomar en cuenta para regular todas las relaciones jurídicas que de ellas emanen, también es cierto que este término no se ve influido por el uso de las técnicas de concepción humana artificial toda vez que en modo alguno ni los donantes ni las substitutas pasan a formar parte de ella, por la exigencia moral de conservar el respeto y la sana convivencia entre sus miembros.

Para concluir la parte teórica de esta tesis, se señalará que una reforma al Código Civil vigente para el Distrito Federal, tiene necesariamente que conjugar los principios que la doctrina, tanto nacional como extranjera han señalado

como rectores y, asimismo, debe respetar las garantías que nuestra Constitución otorga, pues de esta manera quedaría perfectamente enmarcada en nuestro orden jurídico, sin contravenir y vulnerar los derechos individuales de los gobernados.

Así las cosas, como corolario en las siguientes páginas se propone un Proyecto de Reformas al Código Civil vigente para el Distrito Federal que vendría a regir las relaciones paterno-filiales y derechos hereditarios en relación con los nuevos avances científicos en materia de reproducción humana artificial.

CAPITULO QUINTO

PROPUESTA DE REFORMAS AL CODIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

A continuación se presenta el proyecto de reformas al Código Civil vigente en el Distrito Federal, con el fin de dar respuesta a algunas de las interrogantes originadas por el desarrollo científico en materia de reproducción humana artificial, el cual se desarrolla transcribiendo íntegros los artículos relativos, señalándose en negrillas las reformas propuestas.

Dichas reformas comprenden el Libro Primero (De las Personas) en sus Títulos Primero (De las Personas Físicas); Cuarto (Del Registro Civil); Quinto (Del Matrimonio), Capítulos III y X (De los Derechos y Obligaciones que nacen del matrimonio y Del Divorcio, respectivamente); Sexto (Del Parentesco y de los Alimentos) Capítulo I (Del Parentesco) y para concluir con este Libro Primero, el Título Séptimo (De la Paternidad y Filiación) Capítulo I (De los Hijos de Matrimonio), Capí-

tulo II (De las Pruebas de la Filiación de los nacidos de Matrimonio); Capítulo IV (Del Reconocimiento de los hijos nacidos fuera de Matrimonio) y Capítulo V (De la Adopción).

Dentro del Libro Tercero (De las Sucesiones) se proponen modificaciones a los Títulos Segundo (De la Sucesión por Testamento), Capítulo II (De la Capacidad para Heredar) y Capítulo V (De los Bienes de que se puede disponer por Testamento y de los Testamentos Inóficiosos); Título Cuarto (De la Sucesión Legítima) Capítulo I (Disposiciones Generales), Capítulo II (De la Sucesión de los Descendientes) así como al Título Quinto (Disposiciones Comunes a las Sucesiones Testamentarias y Legítimas) Capítulo I (De las Precauciones que deben Adoptarse cuando la Viuda quede encinta).

C O D I G O C I V I L

PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y
PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL

México

MCMLXXXIII

LIBRO PRIMERO

De las Personas

TITULO PRIMERO

De las Personas Físicas

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

La presente disposición protege también a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no se encuentren en el útero materno.

TITULO CUARTO

Del Registro Civil

Capítulo I

Disposiciones Generales

ARTICULO 60.- Para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera de matrimonio, es necesario que aquel lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición.

La madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo. Si al hacer la presentación no se da el nombre de la madre, se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad -

podrá hacerse ante los Tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que lo presenta, ya que es te simple hecho implica su aceptación de la maternidad.

En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado en el Título Séptimo, Capítulo V, denominado De la Adopción Plena, de este Código.

Además de los nombres de los padres, se hará constar en el acta de nacimiento su nacionalidad y domicilio.

En las actas de nacimiento no se expresará - que se trata en su caso de hijo natural o habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial.

ARTICULO 60 BIS.- Para efectos del artículo anterior se entenderá por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos, el material genético y el gestante para la reproducción. Se considerará madre contratante a la mujer que convenga en utilizar - los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

ARTICULO 63.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, en cuyo caso se asentará como padre al marido de la madre contratante, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el Juez del Registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

TITULO QUINTO

Del Matrimonio

CAPITULO III

De los Derechos y Obligaciones
que nacen del Matrimonio

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

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, pudiendo inclusive emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr tener su propia descendencia.

Por lo que toca al matrimonio, este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges

ges, extendiéndose este derecho a aquellas parejas que viven públicamente como si fueran marido y mujer y sin tener algún impedimento para contraer matrimonio entre sí.

CAPITULO X

Del Divorcio

ARTICULO 269 Bis.- No podrá alegarse como causal de divorcio el hecho de que alguno de los cónyuges haya recurrido al empleo de cualesquiera de los métodos de concepción humana artificial, siempre y cuando conste que ambos otorgaron su consentimiento informado de manera indubitable en los términos y con las formalidades que disponga la Ley de la materia.

TITULO SEXTO

Del Parentesco y de los

Alimentos

Capítulo I

Del Parentesco

ARTICULO 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado, cuando se trata de una adopción simple. En el caso de la adopción plena, este parentesco surge además en relación con los parientes del adoptante y del adoptado, con los mismos derechos y obligaciones derivados del parentesco consanguíneo.

TITULO SEPTIMO

De la Paternidad y Filiación

CAPITULO I

De los Hijos de Matrimonio

ARTICULO 324.- Se presumen hijos de los cónyuges, incluyendo a los concebidos como consecuencia del uso de cualquier método de reproducción humana artificial, ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que exista el consentimiento informado otorgado por ambos cónyuges en los términos y condiciones que rigen la Ley de la materia:

- I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución

del matrimonio, ya provenga ésta de nulldad de contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde - que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

III.- Los hijos nacidos como resultado del empleo de técnicas de reproducción médica asistida, después de los trescientos días en que cesó la vida en común, siempre y cuando ambos cónyuges hayan otorgado previamente su consentimiento informado con las formalidades que exija la ley de la materia.

Para efectos de esta última fracción, la congcepción artificial o la transferencia del embrión deberá ser llevada a cabo a más tardar en el límite máximo que de común acuerdo hayan fijado los cónyuges al momento de otorgar su consentimiento informado o la ley de la materia señale.

ARTICULO 325.- Contra las presunciones establecidas en las fracciones I y II no se admite - otra prueba que la de haber sido físicamente

imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso de que la pareja haya recurrido a alguno de los métodos de reproducción artificial, el marido no podrá alegar imposibilidad física si se probare que otorgó su consentimiento informado, cumpliendo con las formalidades exigidas para tal acto.

Contra la presunción establecida en la fracción III, si se probare que el marido otorgó su consentimiento informado, con las formalidades requeridas, para que su esposa se sometiera a alguno de los métodos de reproducción artificial y estuvo de acuerdo en que dicho procedimiento se llevara a cabo aún - cuando el matrimonio ya se hubiera disuelto y, en su caso, incluyera la participación de un tercero, no se admitirá como prueba la imposibilidad física o la impotencia para procrear, presumiéndose para todos los efectos legales que el marido ha producido el embara

zo y por lo tanto que es el padre del niño nacido como resultado del embarazo.

ARTICULO 326.- El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aun que ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Tampoco podrá desconocer a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial si consta de manera fehaciente que otorgó su consentimiento informado para que su cónyuge se sometiera a tales procedimientos.

ARTICULO 327.- El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho, tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad, pero la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre. Sin embargo, no podrá contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio si otorgó

su consentimiento informado de manera indubitable para que su esposa lograra un embarazo a través de cualquier método de reproducción médica asistida, aun cuando el hijo no sea biológicamente suyo. Lo anterior siempre y cuando la presunta madre permanezca libre de matrimonio.

ARTICULO 328.- El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

I.- Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte, basando cualquier medio de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco.*

* El objeto de esta reforma es el de adecuar la citada fracción a la reciente tesis sustentada por la Sala Auxiliar de nuestro máximo Tribunal, que aparece en el Informe del Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del año de 1987, Segunda Parte, Mayo Ediciones, S. de R.L., México 1987, página 23, que textualmente dice: PATERNIDAD, INVESTIGACION DE LA. PRESUNCIONES. LE GAL VALORACION DE LAS.- Tratándose de un asunto relacionado con la investigación de la paternidad no se requiere va de un principio de prueba por escrito, pues basta con cualquiera otros me-

II.- Si concurrió al levantamiento del acta -
de nacimiento y ésta fue firmada por él,
o contiene su declaración de no saber -
firmar;

III.- Si ha reconocido expresamente por suyo -
al hijo de su mujer;

IV.- Si el hijo no nació capaz de vivir.

La presunción contenida en el presente artículo se extiende a los nacidos por cualquiera de los métodos de reproducción artificial, - si se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

ARTICULO 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación, pero es-

dios de prueba con suficiente convicción, inclusive la presuncional, para tener por acreditado el parentesco. De esta manera puede concluirse válidamente que cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente, es correcto desprender de estos hechos, relacionados con las demás pruebas que - la paternidad del hoy quejoso con respecto a los menores está demostrada, pues la valoración que en el caso le dio la autoridad responsable a las pruebas allegadas al juicio es legal.

Amparo Directo 2824/85. Sósimo Gómez Arias. 22 - de enero de 1987. 5 votos. Ponente: Víctor Manuel Franco Pérez. Secretaria: Adriana Barrera - de Loza.

ta acción no prosperará si el marido reconoció expresamente como suyo al hijo de su mujer nacido a través de los métodos de reproducción médica asistida o si existe un principio de prueba de que el presunto padre - - otorgó su consentimiento informado de una manera indubitable.

CAPITULO III

De la Legitimación

ARTICULO 359.- Pueden gozar también de ese derecho los hijos no nacidos, si el padre al casarse declara que reconoce al hijo de quien la mujer está encinta, o que lo reconoce si aquella estuviere encinta, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro, aún - - cuando no se encuentre en el útero materno - en el momento del reconocimiento.

CAPITULO IV

Del Reconocimiento de los Hijos
Nacidos fuera del Matrimonio

ARTICULO 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participa una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que ésta última provea el óvulo o no. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

ARTICULO 364.- Puede reconocerse al hijo que no ha nacido, incluyendo a los concebidos por cualquier método de inseminación artificial o fertilización in vitro aún cuando no se encuentre en el útero materno en el momento del reconocimiento, y al que ha muerto si ha dejado descendencia.

ARTICULO 374.- Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

ARTICULO 383.- Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato.

II.- Los nacidos dentro de los trescientos

días siguientes al en que cesó la vida - en común entre el concubinario y la concubina.

- III.- Los nacidos después de los trescientos días en que haya cesado la vida en común, que hayan sido concebidos como consecuencia del empleo de cualesquiera métodos de reproducción humana artificial ya sea que tengan o no un nexo biológico con uno o ambos padres, siempre que el concubinario haya otorgado su consentimiento informado de una manera indubitable.

ARTICULO 389.- El hijo reconocido por el padre, - por la madre, o por ambos, tiene derecho:

- I.- A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II.- A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III.- A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

IV.- A ejercer los derechos que este Código -
concede a los hijos póstumos.
Gozan de estos mismos derechos los hijos na-
cidos como resultado del empleo de cualquier
método de concepción humana artificial.

CAPITULO V

De la Adopción

De la Adopción Simple

ARTICULO 390.-

.....

ARTICULO 410.-

De la Adopción Plena

ARTICULO 410 A.- Por la adopción plena el adoptado
se incorpora a una familia como hijo legíti-
mo confiriéndole los apellidos de los adop-
tantes y los mismos derechos, obligaciones y
parentesco que la filiación consanguínea.

ARTICULO 410 B.- Para que la adopción plena tenga lugar se requiere:

- I.- Que los adoptantes sean un varón y una mujer casados entre sí o que vivan públicamente como marido y mujer y sin tener ningún impedimento para contraer matrimonio entre sí.
- II.- Los adoptantes deben tener como mínimo cinco años de vivir como marido y mujer.
- III.- Que el menor que se pretenda adoptar no tenga más de cinco años de edad; se trate de un niño abandonado o de padres desconocidos, o sea pupilo en casa de cuna o instituciones similares, o sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de la inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción.
- IV.- Que los adoptantes tengan medios bastantes para proveer a la formación y educación integral del adoptado.

V.- La adopción debe fundarse sobre justos motivos y presentar siempre ventajas para el adoptado.

ARTICULO 410 C.- La edad a que se refiere la fracción III del artículo anterior puede ser dispensada por los tribunales cuando circunstancias especiales lo aconsejen.

ARTICULO 410 D.- Para que la adopción plena tenga lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos, la persona o personas quienes por ley ejercen la patria potestad; el tutor del que se va a adoptar o la persona que lo haya acogido durante seis meses y lo trate como hijo, cuando no hubiera quien ejerza la patria potestad sobre él ni tenga tutor. Tratándose de niños expósitos o abandonados, el consentimiento lo dará el Ministerio Público.

Si el tutor o el Ministerio Público no consienten, deberán expresar la causa en que se fundan, la que el Juez calificará tomando en cuenta los intereses del menor.

ARTICULO 410 E.- La sentencia que apruebe la adopción plena una vez que cause estado confiere al adoptado un nuevo estado civil que no podrá ser contradicho por persona alguna.

ARTICULO 410 F.- Los efectos principales de la adopción plena son:

I.- La extinción del lazo jurídico con la familia consanguínea excepto en lo que respecta a la prohibición de matrimonio;

II.- El adoptado pasa a ser un miembro más en la familia del adoptante como si fuese hijo biológico; y

III.- Confiere al adoptado respecto de la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones que si hubiera nacido de matrimonio y viceversa, creando un verdadero lazo de parentesco.

TITULO OCTAVO

De la Patria Potestad

Capítulo I

De los efectos de la patria potestad
respecto de la persona de los hijos

ARTICULO 419.- En el caso de la adopción simple la patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que lo adopten. Cuando se trate de una adopción plena, a falta de los padres adoptantes, la patria potestad la ejercerán los ascendientes de éstos de la misma manera que si fuera un hijo biológico.

L I B R O T E R C E R O

De las Sucesiones

TITULO SEGUNDO

De la Sucesión por Testamento

CAPITULO III

De la Capacidad para Heredar

ARTICULO 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, con forme a lo dispuesto en el artículo 337.

No obstante lo dispuesto en el párrafo ante rior, no se considerarán incapaces para here dar a los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aún cuando no

se encuentren en el útero materno al momento de la muerte del autor de la herencia, condicionado a que exista el consentimiento informado para que se realice la concepción extracorpórea, otorgado con las formalidades que exija la ley de la materia.

Si el hijo nace viable, tendrá derecho, en - su caso, a recibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo o testamentario.

CAPITULO V

De los bienes de que puede disponer por testamento, y de los testamentos inoficiosos

ARTICULO 1377.- No obstante lo dispuesto en el artículo 1375, el hijo póstumo tendrá derecho a percibir íntegra la porción que le correspondería como heredero legítimo si no hubiere testamento, a menos que el testador hubiere dispuesto expresamente otra cosa.

El presente artículo ampara también a los - hijos póstumos nacidos como consecuencia del uso de las técnicas de reproducción artificial, atento lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1314 de este mismo Título.

TITULO CUARTO

De la Sucesión Legítima

CAPITULO I

Disposiciones Generales

ARTICULO 1602.- Tienen derecho a heredar por sucesión legítima:

I.- Los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del - cuarto grado y la concubina o el concubinario, si se satisfacen en este caso los requisitos señalados en el artículo 1635. Gozan también de este derecho los descenu

dientes no nacidos, concebidos por cualquier método de reproducción humana artificial y/o en su concepción hayan participado terceros, como donantes o sustitutas, aún cuando no se encuentren en el útero materno al momento de la muerte - del autor de la sucesión, siempre que - exista el consentimiento informado otorgado con las formalidades exigidas por - la ley de la materia, con lo cual queda constituida de pleno derecho la filiación. En consecuencia, su derecho a heredar es el mismo que correspondería a - los descendientes habidos por medios naturales.

II.- A falta de los anteriores, la beneficencia pública.

CAPITULO II

De la Sucesión de los Descendientes

ARTICULO 1612.- El adoptado hereda como un hijo; - pero no hay derecho de sucesión entre el adop

tado y los parientes del adoptante, salvo el caso de que se trate de una adopción plena.

CAPITULO III

De la Sucesión de los Ascendientes

ARTICULO 1620.- Concurriendo los adoptantes con as cendientes del adoptado, la herencia de éste se dividirá por partes iguales entre los - - adoptantes y los ascendientes, excepto cuando se trate de una adopción plena en cuyo ca so deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 410 G de este Código.

ARTICULO 1621.- Si concurre el cónyuge del adoptado con los adoptantes, las dos terceras partes de la herencia corresponden al cónyuge y la otra tercera parte a los que hicieron la adopción, a menos que se trate de una adopción plena, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el artículo 1626 de este mismo Título.

TITULO QUINTO

Disposiciones Comunes a las Sucesiones
Testamentarias y Legítimas

CAPITULO I

De las precauciones que deben adoptarse cuando la viuda quede encinta

ARTICULO 1638.- Cuando a la muerte del marido la viuda crea haber quedado encinta, lo pondrá en conocimiento del juez que conozca de la sucesión, dentro del término de cuarenta días, para que lo notifique a los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo.

Se procederá de igual manera cuando se trate de un hijo concebido por cualquier método de reproducción artificial aún cuando no se encuentre en el útero materno en el momento de la muerte del autor de la sucesión, siempre que conste de manera fehaciente que éste consintió en tal concepción.

A P E N D I C E

CONSENTIMIENTO PARA PRACTICAR INSEMINACION ARTIFICIAL
Y LEGITIMACION DEL HIJO O HIJOS

Yo _____ y mi cónyuge (o concubina) _____, como pareja y participantes voluntarios, nos hemos comprometido con el doctor _____ para llevar a cabo una o más, si fuere necesario, inseminación (es) artificial (es) con esperma de un donante no identificado. El procedimiento de inseminación artificial nos ha sido explicado por el doctor arriba citado e involucra la obtención de esperma necesario del donante, quien no será informado de nuestra identidad y nosotros nunca seremos informados acerca de la identidad del donante. Convenimos en confiar en el juicio y discreción del doctor arriba mencionado o en cualquier otro doctor que pueda estar asociado con él, para seleccionar un donante cuyas características físicas y mentales sean compatibles con nuestras características. Queda convenido también que se podrá usar esperma donado para efectos de su conservación que haya sido congelado durante períodos de semanas o meses.

Convenimos y aceptamos que el doctor _____ o cualquier otro doctor que pueda estar asociado con él no han dado garantía de ninguna clase acerca del buen estado del esperma o sobre las características físicas o mentales de cualquier hijo o hijos concebidos o nacidos, por lo que por este medio liberamos al doctor _____ o a cualquier doctor asociado con él de cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de este procedimiento.

Queda convenido además que de la concepción yo _____ como esposo, acepto el acto de la inseminación como mío propio y convengo en:

- a) Que el hijo o hijos concebidos o nacidos serán mis hijos legítimos y herederos y,
- b) Que renuncio a cualquier derecho que yo pudiera tener para desconocer al hijo o hijos así nacidos como mi legítimo heredero o herederos, y,
- c) Que dicho hijo o hijos concebidos o nacidos, serán considerados en todos aspectos como un hijo o hijos de mi cuerpo.

Convenimos además, conjunta y separadamente, en que estamos asumiendo la entera responsabilidad de cualquier hijo o hijos concebidos o nacidos, liberando de cualquier responsabilidad o pago alguno al donante o al doctor _____, o a cualquier otro médico asociado con él. Aceptamos, además, que si el hijo o hijos pudieran buscar soporte o cualquier otro pago del donante, del doctor _____, de cualquier médico asociado con él, nosotros indemnizaremos al donante, al doctor _____ o a cualquier médico asociado con él.

Queda convenido, además, que la naturaleza de este convenio es tal que deberá ser conservado confidencial; por tanto, convenimos en que una sólo copia de este convenio debe ser retenida en el archivo del doctor arriba nombrado y no será mostrada, excepto con nuestro permiso expreso por escrito, salvo que el doctor _____ o cualquier médico asociado con él, deben mostrarlo según sea necesario en relación con cualquier procedimiento legal en el cual fuera relevante.

Fecha _____

Esposo
(o concubinario)

Esposa
(o concubina)

Testigo

Testigo

(Nombre completo y dirección)

(Nombre completo y dirección)

INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE
FORMA PARA CONSENTIMIENTO DE RECEPTORES CASADOS

Nosotros _____ y _____, siendo esposo y esposa, al menos uno de los cuales es de 18 años de edad o mayor, autorizamos al Dr. _____ y su/s ayudante (s) designado (s) para llevar a cabo una o más inseminaciones artificiales en la esposa con el esperma obtenido de un donador (es) anónimo con el propósito de lograr un embarazo. El esposo entiende que, de acuerdo con la ley, si con el consentimiento de su esposo, una esposa es inseminada artificialmente, el esposo es tratado en la ley como si él fuera el padre natural del hijo así concebido. El esposo y la esposa también entienden que, por ley, el doctor debe registrar este consentimiento ante _____, si de este procedimiento resulta un embarazo.

Convenimos en confiar en el juicio y discreción de los médicos de la división de: _____ para seleccionar un donante (s) apropiado y nunca trataremos de identificar al donador (s), ni será informado el donador de la identidad de ninguno, esposo o esposa. Entendemos y convenimos que no puede garantizarse que el mismo donante será utilizado para cada inseminación. También convenimos en que, de vez en cuando, se puede usar esperma de donador que ha sido congelado (para fines de conservación).

Entendemos que no hay garantía de que estas inseminaciones resulten en un embarazo. Entendemos también que entre la población humana normal, un cierto porcentaje (aproximadamente 2%) de niños han nacido con defectos físicos o mentales, y que la ocurrencia de tales defectos está fuera del control de los médicos. Por tanto, entendemos y convenimos en que el doctor no asume responsabilidad por las características físicas y mentales de cualquier niño o niños nacidos como resultado de la inseminación artificial. También entendemos que el procedimiento de inseminación artificial lleva consigo el riesgo de infección y que un embarazo lleva consigo el riesgo de complicaciones obstétricas y/o aborto espontáneo.

Esposa _____

Esposo _____

Fecha consentimiento _____

Yo certifico por la presente que (esposo) y (esposa), a quienes conozco como las personas aquí nombradas, comparecieron ante mí y firmaron el consentimiento anterior para inseminación artificial.

Doctor _____

Fecha _____

Yo por la presente certifico que la inseminación artificial practicada a la señora _____ con fecha _____ dio como resultado un embarazo.

Doctor _____

Fecha _____

Testigo

Testigo

(Nombre completo y dirección)

(Nombre completo y dirección)

CONSENTIMIENTO PARA PRACTICAR INSEMINACION
ARTIFICIAL

Yo _____, como participante voluntaria he convenido con el Dr. _____ someterme a una o más, si fuere necesario, inseminación (es) artificial (es) con esperma de un donante no identificado. El procedimiento de inseminación artificial me ha sido explicado por el doctor arriba nombrado, e involucra que dicho doctor obtenga el semen necesario de un donante que no será informado de mi identidad, ni será yo nunca informada de la identidad del donante. Además, renuncio a cualquier privilegio o derecho que pudiese tener para determinar la identidad del donante. Convengo en dejar al juicio y discreción del doctor arriba nombrado o de cualquier otro médico que pueda estar asociado con él, el escoger un donante cuyas características físicas y mentales sean compatibles con mis características. También convengo en que puede ser usado esperma que haya sido congelado para fines de almacenamiento por períodos de semanas a meses.

Convengo y entiendo que el doctor _____ o cualquier otro médico que pueda estar asociado con él, no serán responsables ni han dado garantía alguna sobre el buen estado del esperma, o de las características físicas o mentales de cualquier hijo o hijos concebidos o nacidos. Este convenio no es una garantía de curación, ni de tratamiento, ni una garantía de concepción, liberándolos desde este momento de cualquier responsabilidad por la naturaleza física o mental o carácter de cualquier hijo o hijos así concebidos o nacidos. Convengo además que pueden resultar del proceso de inseminación infecciones inevitables, algunas veces contagiosas.

Convengo, además, en que estoy asumiendo la responsabilidad total por cualquier hijo o hijos así concebidos o nacidos y de que no buscaré manutención para el hijo o hijos, ni cualquier otro pago del donante.

Se conviene además en que la naturaleza de este convenio es tal que debe permanecer como confidencial; por tanto, convengo en que una sola copia de este convenio será conservada en los archivos del doctor arriba nombrado y no será mostrado, excepto con mi permiso expreso y por escrito, a menos que el doctor _____

o cualquier médico asociado con Él pueden usar el convenio como sea necesario en relación con cualquier procedimiento legal en el cual sea relevante.

Fecha:

Firma:

Acepto la relación doctor-paciente aquí indicada.

(doctor)

Testigo

Testigo

(Nombre completo y dirección)

(Nombre completo y dirección)

INSEMINACION ARTIFICIAL
FORMATO PARA CONSENTIMIENTO DE DONANTE

Yo, _____, convengo y entiendo que las muestras de semen que yo donaré serán usados para lograr embarazo por inseminación artificial en pacientes seleccionados por el doctor _____ . Convengo en no investigar la identidad de las personas para quienes estoy donando y entiendo que mi propia identidad será conservada en estricta confidencialidad, a menos que un tribunal ordene su revelación según sea necesario en relación con cualquier procedimiento legal.

He sido advertido de que debo abstenerme de tener eyaculación durante las 48 horas anteriores a cada donación y de recoger la muestra una hora antes del momento en que vaya a ser usada. Convengo en informar cualesquiera cambios significativos en mi salud, especialmente respecto a cualquier enfermedad venérea, mientras esté participando en algún programa de IAD.

Convengo en informar específicamente cualquier dato nuevo acerca de factores genéticos que no hayan sido detectados durante el proceso de investigación aunque puedan no constituir un cambio en mi estado de salud. Consiento en que se tomará contacto conmigo periódicamente después de la terminación del programa IAD a fin de proporcionar información actualizada respecto de mi salud y conocimiento de factores genéticos. Convengo en mantener informado al programa de IAD acerca de mi dirección durante un largo período de tiempo a fin de facilitar la comunicación.

Fecha:

(Firma, nombre completo y dirección del donante)

Testigo

Testigo

(Nombre completo y dirección)

(Nombre completo y dirección)

INSEMINACION ARTIFICIAL POR DONANTE
FORMA PARA CONSENTIMIENTO DE RECEPTORA SOLTERA

Yo _____ mujer soltera de 18 años de edad o mayor, autorizo al Dr. _____ y a su asistente o asistenta para realizar una o más inseminaciones artificiales en mí, con espermia obtenido de un donante anónimo o donantes, con el objeto de embarazarme. Entiendo que el donante que proporciona semen para ser usado en inseminación artificial en una mujer distinta a la esposa del donante es tratado en derecho como si él no fuera el padre natural de un hijo así concebido, a menos que el donante y la mujer convengan por escrito que dicho donante será el padre. También entiendo que, por ley, el doctor puede ser requerido de registrar este consentimiento ante _____, en caso de que de este procedimiento resulte un embarazo.

Convengo en dejar a juicio y discreción de los doctores el seleccionar un donante (s) apropiado y nunca buscaré identificar al donante (s), ni el donante será informado de mi identidad. Entiendo, además, y convengo en que no puede garantizarme que para cada inseminación se usará el mismo donante. Yo convengo también, en que pueda ser usado espermia que ha sido congelado (para efectos de conservación).

Entiendo que no hay garantía de que estas inseminaciones darán por resultado un embarazo. Además, entiendo que dentro de la población humana normal un cierto porcentaje (aproximadamente 2%) de los hijos nacen con defectos físicos o mentales, y que la ocurrencia de estos defectos está fuera del control de los médicos. Entiendo, por tanto, y convengo, en que _____ y sus doctores no asumen responsabilidad por las características físicas o mentales de cualquier hijo o hijos nacidos como resultado de la inseminación artificial. También entiendo y acepto que el procedimiento de inseminación artificial lleva consigo el riesgo de infección y que cualquier embarazo lleva consigo el riesgo de complicaciones obstétricas y/o del aborto espontáneo.

Nombre de la receptora _____
Fecha consentimiento _____

Yo certifico que _____, conocida por mí como la persona nombrada aquí, compareció ante mí y firmó el consentimiento arriba indicado para inseminación artificial.

Doctor _____

Fecha _____

Yo certifico que la inseminación artificial de _____ que ha dado por resultado un embarazo fue realizada el _____

_____ fecha

Doctor _____

Fecha _____

Testigo .

Testigo

(Nombre completo y dirección)

(Nombre completo y dirección)

FORMA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA
FERTILIZACION IN VITRO

Nosotros, (nombre completo del esposo o concubinario),
y (nombre de la esposa o concubina), con
domicilio en _____, con el deseo de
tener un hijo y habiendo sido informados de que es imposible para
nosotros lograr un embarazo a través de relaciones sexuales normales
entre nosotros, les solicitamos y autorizamos a inseminar
artificialmente el óvulo u óvulos de (nombre completo de la esposa o
concubina), con semen obtenido de un donante seleccionado por ustedes
y convenimos en que nunca trataremos de investigar la identidad del
donante. Aceptamos que no existe garantía de éxito y de que no
existen riesgos de anomalías genéticas más allá de las que pudieran
haber en un embarazo logrado normalmente así como que hemos sido
debidamente informados de las implicaciones sobre el estado legal del
niño, por lo que yo (nombre completo del esposo o concubino)
reconozco al niño o niños así concebidos y nacidos como hijos
legítimos míos y, por tanto mis herederos y, desde ahora renuncio a
cualquier derecho que pudiera tener para desconocer al hijo o hijos
así nacidos.

En consecuencia, ambos (nombre completo del esposo o
concubinario y nombre completo de la esposa o concubinaria),
convenimos conjunta y separadamente en asumir la total
responsabilidad hacia el niño o niños así concebidos o nacidos por lo
que nos obligamos a no demandar del donante del esperma ningún pago
por alimentos o por cualquier otro concepto, liberándolo desde este
momento de cualquier posible reclamación que pudiera surgir en su
contra por este motivo.

Fecha _____

EL ESPOSO
(O CONCUBINARIO)

LA ESPOSA
(O CONCUBINA)

TESTIGO

TESTIGO

(Nombre completo y di-
rección)

(Nombre completo y di-
rección)

FORMA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA
DONACION DE OVULOS

Yo (nombre completo de la donante) _____ mayor de dieciocho años, convengo en donar un óvulo u óvulos a fin de que sean transferidos a otra mujer que no tiene posibilidades de concebir un niño de manera normal o por otros medios. Entiendo y acepto someterme a los procedimientos necesarios para obtener el óvulo; asimismo convengo en que nunca trataré de conocer la identidad de la paciente a quien le sea transferido dicho óvulo y que no haré reclamación legal alguna sobre el niño concebido y nacido a través de este método. Entiendo también que mi identidad será conservada en el más estricto secreto a menos que exista una orden judicial para que ésta sea conocida.

DONANTE

Lo anterior es con mi consentimiento y pleno conocimiento de sus implicaciones, aceptando expresamente en que nunca trataré de conocer la identidad de la mujer receptora a quien le sea transferido dicho óvulo y tampoco haré reclamación legal alguna sobre el niño concebido y nacido como consecuencia de la donación.

ESPOSO O CONCUBINARIO

Fecha:

TESTIGO

TESTIGO

(Nombre y dirección completos)

(Nombre y dirección completos)

FORMA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO PARA
 CONGELACION Y ALMACENAMIENTO DE EMBRIONES

Nosotros, (nombre completo del esposo o concubinario) _____ y (nombre completo de la esposa o concubina), con domicilio en _____, aceptamos que sean congelados y almacenados uno o más de nuestros embriones obtenidos después de haber sido fertilizados in vitro y aceptamos que nosotros deberemos tomar la decisión final sobre el manejo y destino de nuestros embriones. También aceptamos de que no existe garantía alguna de lograr un embarazo normal después de haber sido descongelados y transferidos.

Fecha:

EL ESPOSO O CONCUBINARIO

LA ESPOSA O CONCUBINA

TESTIGO

TESTIGO

 (Nombre completo y dirección)

 (Nombre completo y dirección)

B I B L I O G R A F I A

Bravo Valdez, Beatriz y Agustín Bravo González. Primer Curso de Derecho Romano. Sexta Edición. Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S. A. México 1982.

Burgoa Orihuela, Ignacio. Las Garantías Individuales. Décimo Novena Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1985.

Castro, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1981.

Chávez Asencio, Manuel F. La Familia en el Derecho. Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1984.

De Ibarrola, Antonio. Cosas y Sucesiones. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1977.

De Ibarrola, Antonio. Derecho de Familia. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1981.

De Pina Vara, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Introducción-Personas-Familia. Volumen Primero. (Décimo Tercera Edición, 1983). Volumen Segundo. Bienes-Sucesiones. (Novena Edición, 1983). Editorial Porrúa, S. A. México 1983.

Engels, Federico. El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Octava Edición. Edición Quinto Sol, S. A. México 1985.

Galindo Garfías, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1973.

Galindo Garfías, Ignacio. La Filiación y la Paternidad. Estudio publicado en el Tomo XXVII. Número 110. Mayo-Agosto 1978. Revista de la Facultad de Derecho de México. UNAM.

García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésimo Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1982.

Gutiérrez y González, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. Segunda Edición. Editorial Cajica, S. A. Puebla, Puebla 1980.

Margadant S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Décima Edición. Editorial Esfinge, S. A. México 1981.

Martínez Roaro, Marcela. Delitos Sexuales. Sexualidad y Derecho. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1985.

Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1985.

Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil. Segunda Edición. México 1982.

Petit Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Novena Edición. Traducción de D. José Fernández González. Editora Nacional. México 1971.

Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo Primero. Introducción y Personas (Tercera Edición, 1980); Tomo Segundo, Derecho de Familia (Quinta Edición, 1980); Tomo Cuarto, Sucesiones (Quinta Edición 1981), Tomo Quinto, Obligaciones, Volumen I (Cuarta Edición 1981). Editorial Porrúa, S. A. México.

Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles. Teoría General del Contrato. Tercera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1976.

Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. Curso de Derecho Privado. Sexta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1982.

Zamora y Valencia, Miguel. Contratos Civiles. Primera Edición. Editorial Porrúa, S. A. México 1981.

H E M E R O G R A F I A

Albretch, Bruce H. M. D. et al. "Factors influencing the success of artificial insemination". Fertility and Sterility. Volume 37. N° 6. June 1982. U. S. A.

Alfredson, Hohn H. K. D. "Artificial insemination with frozen semen. Sex ratio at birth". Int. J. Fertil. 29 (3), 1984. Iceland Reykjavik.

Allen, D. G. et al. "Artificial insemination by donor at Groote Schurr Hospital, Cape Town". S A M J. Volume 67. February 23, 1985. South Africa.

Andrews, Lori B. "¿De quién soy hijo? Psychology Today (Español). Noviembre 1986. Madrid, España.

"A welcome report". British Medical Journal. London, Saturday 28, July 1984. Volume 289. N° 6439, London, England.

Belaisch, J. et al. "What doctors should know about fertilization in vitro" (Round Table). Rev. Fr. Gynecol Obstet. 1985 November; 80 (11). France.

Brahams, Diana, Barrister at Law. "In vitro fertilization and related research. Why Parliament must legislate". The Lancet. September 24, 1983. 2 (8352). England.

Bühler E. "Genetic screening of in vitro fertilization (IVF) embryo transfer (ET) patients". Experientia. 41. (1985) Switzerland.

Cusine, Douglas J. "Some legal implications of embryo transfer". Faculty of Law of Aberdeen. The Lancet. August 25, 1979. England.

Campagnoli C. et al. "In vitro fertilization and embryo transfer". Patient selection for in vitro fertilization

(IVF) and embryo transfer ET). Experientia. (41 (1985). Italy.

Corson, Stephen L. M. D. et al. "Sex selection by sperm separation and insemination". Fertility and Sterility. Volume 42. N° 5, November 1984. U. S. A.

Committee to consider the social, ethical and legal issues arising from in vitro fertilization. "Issues paper on donor gametes in IVF. Melbourne, Australia, 1983.

Idem, 1984.

Idem. "Report on the disposition of embryos produced by in vitro fertilization". Melbourne, Australia, 1984.

Deitch, Rodney. Commentary from Westminster. "A government bill on surrogate motherhood?" The Lancet. January 19, 1985. England.

Deitch, Rodney. Commentary from Westminster. "The Government acts to prohibit surrogate arrangements" The Lancet. April 27, 1985. England.

Elias, Sherman, MD et al. "Social Policy considerations in monozygotic reproduction." J A M A. January 3, 1986. Volume 255. N° 1. U. S. A.

Evans, Mark I. "Human in vitro fertilization. Some legal issues". JAMA. June 12, 1981. Volume 245. N° 22.

Figueroa Casas, Dr. P. R. Simposio: "Inseminación artificial." Obstetricia y Ginecología Latino-Americanas. Enero-Febrero 1983. Rosario, Argentina.

García Flores, Dr. Rogelio F. y otros. "Inseminación artificial con semen de donador". Ginecología y Obstetricia de México. N° 54. México 1986.

Goodham, C. B. "Status on IVF embryos". Nature. Volume 314. March 14, 1985. Australia.

Greenblatt, Ruth M. MD et al. "Screening therapeutic insemination donors for sexually transmitted diseases: overview and recommendations". Fertility and Sterility. Volume 46. N° 3. September 1986. U. S. A.

Guastella, Gaetano, MD et al. "Gamete intrafallopian transfer in the treatment of infertility: the first series at the University of Palermo". Fertility and Sterility. Volume 46. N° 3. September 1986. Printed in U. S. A.

Hamberger, L. et al. "Extracorporeal fertilization of human oocytes and their replacement; suggested simplifications". Experientia. 41 (1985) Switzerland. Printed in U. S. A.

Hargreave T. B. "Artificial insemination by donor". British Medical Journal. London, Saturday 7, September 1985. London, England.

Horan, Dennis J. "In vitro fertilization: Legal and ethical implications".

Human reproduction: regulated progress or damned interference. The Lancet. July 28, 1984. England.

In vitro fertilization workshop manual presented by the Department of Obstetrics and Gynaecology Monash University, Queen Victoria Medical Centre Epworth-Monash University and Infertility Unit and Royal Women's Hospital. Australia.

Jarrell, J. MD et al. "An in vitro fertilization and embryo transfer pilot study: treatment-dependent and treatment-independent pregnancies". Am. J. Obstet Gynecol. February 1986. Canada.

Jeyendran, Rajasingam S. et al. "Concentration of viable spermatozoa for artificial insemination." Fertility and Sterility. volume 45. N° 1. January 1986. U. S. A.

Kooij, R. V. van et al. "Biological aspects of in vitro fertilization". Experientia. 41 (1985) Switzerland. Printed in U. S. A.

Kremer, J. et al. "Psychosocial aspects of parenthood by artificial insemination donor." The Lancet. March 17, 1984.

Lacayo, Richard et al. "Is the womb a rentable space?" Time. September 22, 1986. Chicago, Illinois.

Lacayo Richard et al. "Whose child is this? Time. January 19, 1987. Chicago, Illinois.

Langer, G. et al. (Israel). "Artificial insemination. A study of 156 succesful cases." International Journal of Infertility. July-September, 1969. Volume 14. N° 3. Printed in U. S. A.

Louros, Professor H. C. et al. "Against heterologous insemination." International Surgery. Volume 58. N° 3. March 1973. Greece.

Mahlstedt, Patricia P. Ed. D. "The psychological component of infertility." Fertility and Sterility. Volume 43. N° 3. March 1985. U. S. A.

Medical Research Council. "Research related to human fertilization and embryology". British Medical Journal. Volume 285. November 20, 1982.

Miechi, Dr. Hector Raul. "Inseminación Artificial con semen del esposo (IAE). Indicaciones por patología femenina". Obstetricia y Ginecología Latino-Americanas. Enero-Febrero 1983. Rosario, Argentina.

Müller Hj. "Human in vitro fertilization and embryo transfer: expectations and concerns". Experientia. 41 (1985) Switzerland.

Nunley, Jr. Wallace C. MD et al. "Homologous insemination revisited". Am. J. Obstet. Gynecol. September 15, 1985. Charlottesville, Virginia. U. S. A.

Parker, Philip J., MD. "Motivation of Surrogate mothers: Initial findings." Clinical and Research Reports. Am. J. Psychiatry. 140:1, January 1983.

Patito, José Angel y otros. "La fecundación artificial in vitro y la ingeniería genética. Aspectos médico-legales." La Prensa Médica Argentina. Volumen 68, N° 18, 1981. Buenos Aires, Argentina.

Quindlen, Anna. "Baby craving". Life. June 1987. Chicago, Illinois.

Reiss, Spencer et al. "Making high-tech babies." Newsweek. March 18, 1985. New Yor, N. Y.

Recommendations of the Warnock Committee. The Lancet. 1984. July 28. England.

Ruiz Velasco, Dr. Víctor y otro. "Nuestra experiencia con la inseminación en la pareja estéril." Ginecología y Obstetricia de México. Volumen 39. Mayo de 1976. México.

Schwarzstein, Dr. L. "Inseminación artificial con semen del esposo (IAE). Indicaciones por patología masculina." Obstetricia y Ginecología Latino-Americanas. Enero-Febrero 1983. Argentina.

Sher, Geoffrey, M.D. et al. "In vitro fertilization and embryo transfer: two year experience." Obstetrics and Gynecology. Volume 67. N° 3, March 1986. Canada.

Silverman, Andrew Y. MA, PhD. et al. "Pregnancy obtained by in vitro fertilization in an ambulatory-care surgical facility." New York State Journal of Medicine. November 1985. New York, N. Y.

Staubert, M. et al. "Psychosomatic counseling of couples involved in an in vitro fertilization (IVF)-embryo transfer (ET) program." Experientia. 41 (1985). Berlin-Charlottenburg. Printed in Switzerland.

Stone, Dr. Sergio C. "Complicaciones y engaños de la inseminación artificial." Universidad de California, Irvine, Centro Médico, Orange, California.

Surrogate mothers. British Medical Journal. Volume 290. January 26, 1985. England.

Tesarík, Jan. MUDr., CSc. et al. "Oocyte recovery, in vitro insemination, and transfer into the oviduct after its microsurgical repair at a single laparotomy." Fertility and Sterility. volume 39. N° 4. April 1983. Czechoslovakia. Printed in U. S. A.

The Ethics Committee of The American Fertility Society. "Ethical Considerations of the new reproductive technologies." Fertility and Sterility. Supplement 1. September 1986. Volume 46. N° 3. U. S. A.

The Ethics Committee of The American Fertility Society. "New Guidelines for the use of semen donor insemination:

1986." Fertility and Sterility. Supplement 2. October 1986. Volume 46. N° 4. U. S. A.

The Warnock Committee. British Medical Journal. Volume 289. July 28, 1984. England.

Trounson, Alan et al. "Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised in vitro." Papers and short reports. British Medical Journal. Volume 286, March 12, 1983.

Warnock Mary. "The Warnock Report." British Medical Journal. Volume 291. July 20, 1985. England.

Warnock Report on human fertilization and embryology. The Lancet. July 28, 1984.

Winstlade, William J. "Surrogate mothers: private rightor public wrong?" Journal of Medical Ethics. 1981.7: University of California, Los Angeles, U. S. A.

Woodward, Kenneth et al. "Rules for making love and babies." Newsweek. March 23, 1987. New York, N. Y.

Yeh, John, M. D. et al. "Artificial insemination with donor sperm: a review of 108 patients." Obstetrics and Gynecology. Volume 70. N° 3. Part. 1. September 1987.

Young, Jacob et al. "After the Baby M Case." Newsweek. April 13, 1987. U. S. A.

Zárate Arturo, Dr. "Perfil psicológico de la pareja estéril y recomendaciones para su manejo." Ginecología y Obstetricia de México. Volumen 53. N° 336. Abril 1985. México.

LEGISLACION

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal Comentado. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Miguel Angel Porrúa. Librero Editor. México Tomos I, III y IV.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.

Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Código Familiar para el Estado de Hidalgo.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Salud.

Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.