

357  
2ej



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**LA MATERNIDAD EN CASO DE GESTACION  
POR MADRE SUSTITUTA**

**TESIS PROFESIONAL  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
ELVIRA GONZALEZ NAVARRO**



MEXICO, D. F.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

1991



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis 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.

# TESIS CON FALLA DE ORIGEN

## INTRODUCCION.

El ser humano ha querido obtener la fuente de la vida eterna, y es a través de los descendientes que logra satisfacer esta ficción, sin embargo, ante la imposibilidad de la concepción, se presenta en el ser humano una frustración de lograr este anhelo y es por ello que gracias a la ciencia y con la utilización de métodos que alteran las imposibilidades naturales en ocasiones se logra.

Estos nuevos métodos llamados de "inseminación artificial" traen una nueva posibilidad para aquellas parejas infértiles, pero con ello muchas veces se abre nuevas opciones jurídicas no antes contempladas.

El presente trabajo se enfoca en la más nueva de estas prácticas, denominada "maternidad sustituta", creemos sin temor a equivocarnos que es la que presenta un planteamiento mayor de hipótesis y con resoluciones jurídicas muy diversas, ya que en ella intervienen un número mayor de sujetos que pueden presumir tener derechos filiales sobre el producto nacido.

La utilización de un documento (contrato) en el que las partes hacen sus promesas y ofertas presenta hipotéticamente situaciones en que las resoluciones pueden ser múltiples para el legislador con el choque de preceptos vigentes.

Cabe aclarar que esta técnica en México, no ha sido desarrollada, o no se tienen vestigios de ella, por lo tanto en el cuerpo del presente tema adolece de casos prácticos nacionales, presentando únicamente situaciones acontecidas en la Unión Americana.

**Pero aún así no podemos dejar fuera la era del futuro próximo dentro del ámbito jurídico, que traen efectos divergentes en nuestra legislación.**

## CAPITULO I

### LA FILIACION

#### A.- CONCEPTO Y GENERALIDADES.

La Real Academia Española nos define a la filiación de la siguiente manera "(Del lat filiatio-onis de filius, hijo). Acción y efecto de filiar. Procedencia de los hijos respecto a los padres. Dependencia que tienen algunas personas o cosas respecto de otra u otras principales. Señas principales de cualquier individuo. Registro que en los regimientos se hace del que sienta plaza de soldado, especificando su estatura, facciones y otras señas" (1)

La citada Academia nos remite en su propia definición al verbo Afiliar, y de este nos dice "Del Lat Affire;ada y filius hijo. Juntar, unir, asociar una persona a otras que forman *corporación* o *sociedad*." (2)

Dentro de la materia legal se encuentra también definida por diversos juristas, que nos dan su propia conceptualización de la filiación y así tenemos a Marcel Planiol, que nos dice, " La Filiación tomada en sentido natural de la palabra es la descendencia en línea recta, comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada, con tal o cual ancestro por alejado que sea; pero en el lenguaje del derecho la palabra ha tomado un sentido más estricto y comprende exclusivamente la relación inmediata del padre o de la madre con el hijo. Justifícase esta limitación, porque esa relación se produce idéntica a sí misma en todas las generaciones.

La relación de filiación toma también los nombres paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente, por parte del padre o de la madre. " (3)

Definida por Demolombe como, "El estado de una persona considerada como hijo, en sus relaciones con su padre o su madre.

A su vez paternidad y maternidad expresan las mismas relaciones consideradas en la persona, sea del padre, sea de la madre. " (4)

Para Jules Ripert y Georges Boulanger, ha sido considerada esta figura diciendo, " La filiación puede definirse como la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre de la otra." (5)

Del análisis de los conceptos vertidos por los juristas franceses antes mencionados tenemos que, la filiación es la relación o el lazo de parentesco del hijo con sus progenitores, circunstancia ésta que se identifica con maternidad y paternidad, es decir, vistas desde el padre y la madre, sin embargo en el presente trabajo lo enfocamos del hijo hacia los padres.

Pero analizando la definición que nos da Marcel Planiol, vemos la existencia de dos connotaciones de la palabra filiación natural o biológica, que consiste en una relación de parentesco entre ascendientes y descendientes, pero no se presentaría limitación de grado, es decir, son las que se presentan con el abuelo, padre, hijo y subsecuentes y en línea recta.

La segunda acepción del término es desde el punto de vista jurídico, aquí se da una relación de parentesco, pero solo se presentará entre el hijo y su progenitor. Cabe

aclarar que, aunque se de la presencia para el hijo de dos progenitores (madre y padre) dichos progenitores no pueden sustituir uno al otro por su carácter personalísimo.

Nuestros juristas mexicanos también aportan a la doctrina jurídica, sus particulares definiciones sobre la filiación y al respecto citaremos a Antonio De Ibarrola quien nos dice que es considerada a la filiación "Como hecho natural y como hecho jurídico. Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos se es siempre hijo de un padre y de una madre. No así jurídicamente. El derecho necesita asegurarse primeramente de la paternidad o maternidad para reconocer efectos jurídicos al hecho de la procreación y la paternidad es de difícil comprobación." (6)

Otro autor patrio Galindo Garfias nos dice que "la filiación se relaciona con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo que como se recordará, ya sea en la línea recta o en la línea colateral, queda establecido respecto de las personas que descienden de un tronco común; es decir, de una pareja de progenitores, un varón y una mujer, que son los ancestros del grupo de parientes. La fuente primordial de la familia es la filiación, que es el parentesco mas cercano y más importante; el que existe entre los padres y los hijos y que por su particular relevancia, toma el nombre de filiación." (7)

Por su parte Rojina Villegas nos dice "El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta; la relación de derecho que existe

entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y 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. " (8)

Este citado autor sigue la vertiente de Marcel Planiol, en cuanto a darle dos sentidos a la palabra filiación, uno amplio y otro restringido. Ambas son relaciones de parentesco, la primera en forma lineal con todos los ancestros, abuelo, padre e hijo etc., y la segunda y a la que el derecho más le interesa, es la de hijo-progenitor, ya que por este vínculo se pueden establecer los derechos y obligaciones a que da origen.

A esta relación puede también otorgarse los nombres de paternidad o maternidad, cuando es tratado desde el punto de vista del padre o de la madre.

Este concepto que nos proporciona Rojina Villegas es el que considero más completo por lo que lo adoptaremos para el presente trabajo.

## **B.- CLASES DE FILIACION.**

Existen diversas clases de filiación, la primera es aquella originada del matrimonio, que se constituye como es sabido de la unión legal de dos personas de distinto sexo, y como su nombre lo indica es la legítima.

Existe una segunda que se presenta de hecho natural, que solo es consanguínea, en la que los progenitores no se encuentran legalmente unidos, y que también se le conoce como una filiación extramatrimonial.

Esta última a su vez presenta dos variantes, la primera es que aunque los progenitores no se encuentran legalmente unidos, tampoco están impedidos para contraer matrimonio, y pueden realizarlo en cualquier momento.

La segunda de estas variantes, es que la unión de los progenitores, se encuentra impedida para casarse, ya sea por su situación de parentesco o ligamen.

Existe una tercera clase, la filiación adoptiva, que aunque aquí no existe ligamen consanguíneo como en las otras, se han presentado los demás elementos por voluntad individual y que el derecho ha reconocido.

### **LA FILIACION LEGITIMA**

La filiación legítima dice Rojas Villegas, "Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido de matrimonio y sus padres. En nuestro derecho se requiere que el

hijo sea concebido durante el matrimonio porque pudo haber sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado el matrimonio."(9)

A este respecto y solidificando la postura de Rojina Villegas el maestro Galindo Garfias nos dice:

"En principio debe considerarse hijos nacidos de matrimonio aquellos cuyo padre y madre estaban casados en el momento de la concepción.

Por lo tanto, la regla es que la clasificación de los hijos, como hijos de matrimonio dependa de que por la fecha del nacimiento del hijo que se trata, se presume que fue concebido después del matrimonio de sus padres.

Se presumen hijos del marido salvo prueba en contrario, lós que ha dado a luz la mujer casada, durante el matrimonio."(10)

Del análisis de las definiciones aquí transcritas deducimos que en la filiación legítima la base firme para determinarla es el nacimiento, tomando en cuenta la presunción legal, por el artículo 324 y subsecuentes del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

**Art 324.-Se presumen hijos de los cónyuges:**

**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 esta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.**

Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Ibarrola al respecto nos menciona "Los últimos adelantos de la ciencia exigen que el plazo de trescientos días se amplíe en unos cuantos más. Como quiera que la concepción debe ser obra del marido, requisito cuya prueba es difícil, recurren las legislaciones a otra presunción: se presume padre al marido de la madre. Se admite prueba en contrario, pero con notables limitaciones, lo mismo por lo que se refiere a los sujetos que pueden darla como en lo que afecta a los medios de prueba." (11)

Es decir, nuestro derecho, funda la presunción filial legal en el establecimiento de la institución del matrimonio y como consecuencia de ello, los hijos que nazcan de este, serán de los conyuges, esta presunción abarca más al padre, porque la madre establece su vínculo de una manera natural y visible, por la simple concepción seguida del parto.

Si la madre quisiera excluir a su conyuge de la paternidad, no basta con que sólo lo diga, toda vez que el legislador le concede al marido el derecho de reclamar la filiación, por el sólo hecho de haber nacido dentro de matrimonio y en el término marcado por el legislador, según se establece en los artículos 324 y 345 del Código Civil para el Distrito Federal.

El momento de la concepción es de gran importancia para determinar la legitimidad del hijo, así como también la fecha de nacimiento.

En el caso de concepción, es decir, cuando se encuentre concebido un hijo, y se declare la nulidad del matrimonio aun en este caso, el hijo tendrá una filiación legítima, ya que en perjuicio del hijo la ley nunca actuará retroactivamente. Es decir, aquí lo

importante es el momento de la concepción, será legítimo mientras en el momento de su concepción y gestación no se haya declarado la nulidad. Esta certeza de legitimidad no se desvirtúa por ninguna causa de nulidad invocada, ya sea por bigamia, incesto o por cualquier otra causa a las que alude el artículo 235 del Código Civil, se dará cuando existiera la mala fe de los contrayentes, más aún adquiere el hijo el carácter de legítimo, cuando el matrimonio se contrae de buena fe.

El artículo 255 del Código Civil, marca este supuesto, diciendonos que el matrimonio que se haya contraído de buena fe, produce todos sus efectos en favor de los hijos, aunque se declare nulo, y estos ya hayan nacido o se encuentren concebidos, o nazcan después de trescientos días de decretada la nulidad, esto lo hace la ley con la finalidad de que no se afecte al hijo que ya está concebido, y que no tiene culpa alguna de que se decrete la nulidad del matrimonio de sus progenitores.

El consorte que quiera desconocer al hijo nacido dentro de su matrimonio sólo podrá hacerlo por dos cuestiones.

1.- Con pruebas fehacientes de que fue imposible para él engendrar un hijo o no tuvo acceso carnal con su conyuge.

2.- Que el hijo nacido fue concebido en un período distinto del matrimonio, la ley otorga al marido el derecho de negar su paternidad sin necesidad de prueba dentro de este supuesto.

Pero no podrá desconocer al hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, como lo indica el artículo 328 del Código Civil, que dice:

1.- Si se probare que supo antes de casarse el embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito.

II.-Si concurrió al levantamiento del acta de nacimiento y esta 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.

Esta prohibición de desconocimiento la hace la ley, en el sentido que si se casara sabiendo la condición de embarazo, se presume que es por ello que se realiza dicho matrimonio, el principio de prueba por escrito es muy difícil que se practique, y por lo tanto resulta inverosímil el que se encuentre contemplada por el artículo que comentamos, sin permitir otras pruebas, además el citado precepto legal no marca el hecho de si el estado de embarazo es notorio físicamente, lo cual si se presentara y aún así se realizara dicho matrimonio, es porque tacitamente el consorte está admitiendo ser progenitor de ese producto, con ello su filiación y todos los derechos y obligaciones que trae aparejada.

Si el consorte otorga su reconocimiento en la forma que mencionan las fracciones II y III, no existe dificultad alguna, será por estar enterado del embarazo, y se presume que es por ser el progenitor.

Existen también algunos casos que dentro de la filiación legítima exista controversia entre la presunción de la paternidad, tal es el caso de la viuda, divorciada o cuyo matrimonio sea nulo y vuelva a contraer matrimonio en un plazo menor al fijado legalmente, violando las disposiciones del artículo 158, que prohíbe una nueva unión legal antes de trescientos días de disuelto el vínculo anterior, si ésta concibiera un hijo  
¿Cómo se fija legalmente la filiación?

El artículo 334 resuelve esta situación fijando las siguientes reglas:

I.- Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo.

II.- Se presume que el hijo es del segundo marido, si nace después de ciento ochenta días, de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se le atribuye.

III.- El hijo se presume nacido fuera de matrimonio si nace antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio y después de trescientos días de la disolución del primero

Al respecto Galindo Garfias nos dice: " La paternidad del hijo que ha dado a luz la mujer antes de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del segundo matrimonio y dentro de trescientos días de disuelto el primero, no podrá atribuirse al segundo marido aunque este haya concurrido al levantamiento del acta de nacimiento y haya sido firmada por él o contenga su declaración de no haber firmado, no podrá reconocer como suyo, al hijo de su mujer, en virtud de la presunción legal de paternidad en favor del primer marido, que establece la fracción I del artículo 334 del Código Civil.

Por otra parte, (aclara) no basta que el segundo marido haya sabido antes de casarse, del embarazo de su futura consorte, para que surja la presunción de paternidad en su contra (artículo 328 fracción I del Código Civil) porque frente al conflicto de dos presunciones legales, una de carácter general mencionada en la fracción I del artículo

328 que se comenta y otra especial, establecida para el caso del conflicto de paternidad a que alude la fracción I del artículo 334, debe prevalecer esta última." (12)

En los demás supuestos, se fija la filiación legítima, en la presunción legal que el hijo nacido dentro de matrimonio o dentro de los términos legales en el matrimonio es hijo de los consortes.

### **LA FILIACION NATURAL.**

Mazeud define a la filiación natural como: "el lazo que une al hijo nacido de personas que no están unidas por el matrimonio, bien sea con su madre (filiación natural materna) bien sea con su padre (filiación natural paterna)." (13)

Sara Montero nos dice: "La filiación extramatrimonial es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el primero, o por sentencia que cause ejecutoria imputando la filiación a cierta persona." (14)

Al respecto Rojina Villegas nos dice: " Por relación natural se entiende el vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio. Esta situación se ha considerado tradicionalmente en dos formas. a) una relación jurídica lícita.....b) Una relación ilícita....."(15)

La filiación natural o como algunos autores suelen llamarle extramatrimonial es aquella en la que existe un vínculo consanguíneo, pero los progenitores no se en

cuentran unidos civilmente, de ésto se derivan dos clases de unión:

a) Pueden unirse en matrimonio en cualquier momento.

b) No pueden unirse en matrimonio por algun impedimento.

La primera filiación natural, se presenta cuando los progenitores no están unidos en matrimonio pero pueden efectuar el ligamen en cualquier momento, no existiendo ningún impedimento para realizarlo.

La segunda unión a la que el derecho canónico ha llamado *exdamnato coito*, en la cual los progenitores no pueden unirse en matrimonio por tener algún impedimento de parentesco o ligamen, lo que algunos autores han llamado como filiación "adulterina" o "incestuosa"

Marcel Planiol al respecto nos dice: " La filiación adulterina se produce cuando uno de los padres estuviere casado con tercera persona al momento de la concepción, pudiendo la adulterinidad existir respecto de ambos padres o de uno solo de ellos.

La filiación incestuosa se produce cuando los padres estuvieron ligados entre si en vínculo de parentesco, en grado tal que su matrimonio, estuviere prohibido por ley." (16)

No en todos los países se da igualdad a los hijos, en algunos sistemas el trato es muy drástico, el jurista Ibarroia sobre este punto nos dice; "En Francia, de entre los hijos naturales algunos de ellos son tratados por el derecho con enorme severidad, con el objeto de proteger a la familia contra el incesto y contra el adulterio, jurídicamente no se permite establecer la filiación, y en otros casos únicamente se concede el derecho a alimentos." (17)

Rojina Villegas sobre esto nos dice: "...nosotros damos tanto a la filiación legítima como a la natural todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derecho, es decir esa situación permanente de hijo, no solo en relación con el padre y con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenece el progenitor..... en cambio en el derecho europeo, sólo la filiación legítima permite esa situación jurídica del hijo dentro de la familia paterna y materna, con su protección de orden social y por consiguiente, la calidad de hijo se establece con la parentela....sólo a través del matrimonio se estima en el derecho europeo, que el hijo mantiene su situación frente a toda la familia paterna y materna. El hijo tendrá exclusivamente, siendo natural, con su padre o con su madre como ocurre en el sistema francés e italiano. Pero le niega la posibilidad de tener derechos y obligaciones en materia de alimentos, de herencia o de patria potestad respecto de todos los demás ascendientes....así como en cuanto a los demás parientes colaterales." (18)

Vemos que entonces, el tipo de filiación será determinada según las circunstancias jurídicas que tenga la unión de los progenitores, ya que aunque de forma natural toda persona tenga un padre y una madre y por consiguiente una filiación consanguínea o natural, esta se ve afectada jurídicamente al no existir reconocimiento voluntario o que éste se dé por sentencia judicial, y se carecería de alguno de sus progenitores o de ambos, legalmente.

Es aquí cuando el legislador como tutelador de la familia debe vigilar, pero éste no funge como un investigador del origen de esa familia, su función debe ir más allá de mero espectador, asegurar la existencia de ese vínculo su permanencia, establecer los derechos y obligaciones que se derivan, y sobre todo su protección de los hijos nacidos de dicha relación, pero habrá situaciones en que se carece de elementos para fijar esa filiación, el derecho aquí se encuentra en un estado de indefensión, no pudiendo establecer una filiación por el simple hecho de la procreación.

Antonio Cicu al respecto nos dice: "Quien opine de este modo advertirá fácilmente cuan difícil problema es para el legislador el de la filiación originada en la unión extramatrimonial. Los que, con fundamento del deber del padre no ven más que el hecho de la procreación, tienen que considerar injusto e irracional la condición de inferioridad que la ley otorga a los hijos ilegítimos frente a los legítimos. Pero el legislador que considera la familia legítima como el ambiente necesario para la mejor obtención de los que quiera garantizar, se ve obligado a evitar la condición dada a los ilegítimos pueda tener como efecto perjudicar la familia legítima disminuir su estimación social, debilitar los impulsos que originan su formación." (19)

Opinamos, que el derecho debe brindar, una estabilidad y una igualdad a los hijos, sea su filiación de cualquier tipo, sin que por ello se debilite la familia legal existente, constituida por el matrimonio, ya que esta institución es la que da realmente fuerza a la filiación, pero al mismo tiempo deberá vigilarse por las situaciones reales que se presentan.

Actualmente nuestros preceptos legales dan igualdad jurídica a los hijos, independientemente del tipo de relación de sus progenitores.

Reiteramos que la filiación extramatrimonial sólo puede establecerse mediante el reconocimiento de los progenitores o por sentencia judicial que lo determine, en cuanto a la madre el hecho es de más fácil vinculación por ser visible el parto, la cuestión como veremos en los siguientes puntos, radica en el padre ya que este se da por mera presunción.

## **LA FILIACION ADOPTIVA.**

La tercera forma de la filiación es la adoptiva, en la que no existe lazo consanguíneo, nace por la voluntad individual y ofrece todos los derechos y obligaciones al adoptado y adoptante como si fuera una filiación natural o legítima.

Existen diversos requisitos para que sea dada este tipo de filiación, puede otorgarse a persona soltera o cónyuges, deberá existir una diferencia de edades de dieciséis años cuando menos, si se da entre cónyuges, con uno que tenga este último requisito, se permitirá, teniendo más de veinticinco años el adoptante y una posición económica desahogada, en general una gente honorable, de buenas costumbres que signifique una persona benéfica para ser adoptante. (artículo 390 y subsecuentes del Código Civil).

Para algunos autores esto no constituye una filiación, porque no se presenta el vínculo consanguíneo, con esta postura no estamos de acuerdo ya que aunque aquí no hay una relación biológica entre adoptante y adoptado, se presentan todos los demás elementos, y los derechos y obligaciones a veces son más cumplidos que en una filiación consanguínea.

### **C.- PRUEBAS DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL.**

Las pruebas de filiación legítima o matrimonial no revisten de mayor problema, será probada con la partida del nacimiento y con el acta de matrimonio de los progenitores (cónyuges), como se encuentra contemplado en el artículo 340 del Código Civil o por la posesión de estado como se especifica en los artículos subsecuentes.

También con las presunciones que marca el artículo 324, que ya se habían mencionado, respecto a los términos que la ley marca en los hijos que nacen dentro de matrimonio.

El problema existe en la filiación extramatrimonial, en la que es posible presentarla, pero sus pruebas reviste mayor dificultades, sobre todo con respecto al padre, dada su propia naturaleza.

No se busca tampoco que cualquier persona pretenda ser hijo de quien no es su padre, ni que tampoco cualquier persona pretenda vincularse una filiación natural con el que no es su hijo biológicamente, sin que se establezcan las reglas legales.

Se quiere que un hecho acontecido, se reconozca, otorgue seguridad jurídica, atribuyendo los derechos y obligaciones que les corresponden a los responsables (progenitores).

Al respecto nuestro legislador contempla claramente ésta hipótesis en su artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal, a la letra nos dice:

"La filiación de los hijos nacidos fuera del 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."

La primera prueba y la más sencilla es el reconocimiento voluntario por parte de los progenitores.

Su naturaleza jurídica es:

1.- Declarativo y atributivo de estado, es decir, no requiere capacidad especial propia de los actos jurídicos, sus efectos son retroactivos hasta el día de la concepción. Será hijo desde que haya nacido, aunque su reconocimiento sea posterior.

2.- Personalísimo. Sólo puede otorgarse el reconocimiento al padre o la madre.

La excepción es del menor de edad, que quiere reconocer un hijo, tendrá que hacerlo con el consentimiento de sus tutores o los que ejerzan la patria potestad sobre él o por autorización judicial.

3.- Unilateral.- No es necesario que el hijo acepte ese reconocimiento, sin embargo esta hipótesis se da únicamente cuando el hijo se reconoce al momento de su nacimiento o con posterioridad a este acto, siempre y cuando no haya alcanzado la mayoría de edad.

Bilateral. Se presenta cuando el reconocimiento se hace después de la mayoría de edad, ya que el legislador requiere que el hijo dé su aprobación para que pueda realizarse el reconocimiento, y en el caso de que se diera antes de su mayoría de edad, el reconocido podrá impugnarla llegando a ésta.

4.- Irrevocable.- Una vez reconocido no puede manifestar lo contrario quien lo hubiese hecho.

5.- Formal.- Debe contener todos los formalismos que marca la ley para que sea aceptado.

6.- Puro y simple.- Debe presentarse sin ningún vicio de la voluntad, ni sujeto a ninguna modalidad.

7.- La existencia de dos sujetos; sujeto activo y sujeto pasivo, el activo es el que da su reconocimiento, esto es de carácter personalísimo, toda vez que un progenitor no sustituye al otro.

El pasivo es el hijo, el cual deberá tener ciertos requisitos legales para poder ser reconocido, tenemos entre estas que, su edad tendrá que ser notoriamente menor que las de sus progenitores para que pudiese ser posible su concepción, que coincidan sus rasgos étnicos, y que ese hijo que se quiere reconocer no tenga una filiación ya establecida. (20)

El reconocimiento de un hijo extramatrimonial puede darse en:

1.- La partida del nacimiento ante el juez del registro civil.

2.- Por acta especial ante el mismo juez

3.- Por escritura pública.

4.- Por testamento.

5.- Por confesión judicial directa (art 369 C.C.D.F.)

La segunda forma de probar la filiación extramatrimonial es por reconocimiento forzoso impuesto por declaración judicial. Hablaremos en este punto únicamente de los medios de probanza, que se darán en la acción de investigación de la paternidad, ya que como hemos mencionado anteriormente es más difícil su vinculación que la materna, y por consiguiente ésta será tocada en el punto cuatro de este mismo capítulo.

Castán define, a la acción de reconocimiento forzoso o investigación de la paternidad, como; " La facultad que tienen los ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para portar las pruebas de su filiación a fin de que sea declarada por los mismos e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno-filial lleva consigo. " (21)

De Diego al respecto nos dice. " Los autores de un hecho deben sufrir sus consecuencias. De modo que lo que es un derecho en los hijos es un deber en los padres. Si esto es cierto, tiene que demostrarse que, en efecto, estos son los padres de aquél; de modo que el hijo tiene derecho a probar el hecho de su filiación, como los padres tienen el deber de confesarla. Si no lo confiesan, hay una relación jurídica incumplida, y de aquí que el lesionado tenga acción de justicia para demandar su cumplimiento. Por esto los nombres de, reconocimiento forzoso, investigación de la paternidad, son inadecuados, pues no se trata de indagar o inquirir una paternidad o maternidad, sino de pedir una declaración judicial de esta relación de filiación existente in natura, pero desconocida y negada por los padres."(22)

No obstante obligaciones que le imputa el legislador al padre y por supuesto la necesidad imperiosa de determinar a quien se les va a asignar, la ley impone limitaciones en cuanto a la investigación de la paternidad, tal y como lo marca el artículo 382 del

Código Civil para el Distrito Federal permitiendo ésta sólo en los siguientes casos:

I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;

III.- Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

Si dentro de estos supuestos se encuentra el hijo podrá ejercitar la acción contra el presunto padre, aportando cualquier tipo de prueba que permita presumir su vinculación genética.

Entre las pruebas que pueden ser aportadas existen, la de la prueba hematológica o sanguínea, tendiente a demostrar que el presunto hijo pertenece al mismo grupo sanguíneo que su padre.

Sin embargo esta no es una prueba fehaciente de comprobación, ya que sólo existen cuatro grupos de sangre y por lo tanto existen personas del mismo grupo sanguíneo que no son parientes, sólo es una ligera presunción.

Pero si logra demostrar grupos sanguíneos incompatibles, es decir se puede comprobar que un cierto tipo sanguíneo sería imposible de engendrar a un determinado tipo sanguíneo, esta prueba solo cabría para la negación de la paternidad, pero para

determinarla caemos nuevamente en la presunción de que podría ser el padre de determinada persona que tuviera un tipo sanguíneo determinado.

Otras pruebas podrían ser las características físicas, que sean plenamente visibles, en cuanto a parecido físico, cuerpo, color, manchas, lunares o cualquier índice importante que determine parecido o herencia genética del hijo con el presunto padre. (23) Cfr.

También podrá ofrecerse como pruebas las utilizadas para la posesión de estado, estas pruebas serían el nombre, trato y la fama. Es decir que se utilice de manera habitual el apellido paterno aunque no se tenga en el acta de nacimiento, que se presente ante la sociedad con el papel que se invoca (hijo), que exista esta consideración de manera general, y el trato del presunto padre que le dé al supuesto hijo.

También puede ofrecerse la prueba de las relaciones sexuales de los progenitores, durante la época de la concepción y nacimiento, acudiendo a cualquier medio, ya sean testigos, cartas, misivas, fotos, etc.

Acercas de estas pruebas hacemos incapié que podrán ofrecerse siempre que caigan en los supuestos del artículo 382 ya antes mencionado, pues en caso contrario sería imposible ejercitar esta acción.

También se pueden admitir dentro de este juicio cualquier tipo de prueba negativa, es decir, que desmienta la alusión de paternidad, presentándola por el demandado, tales pruebas pueden ser entre otras:

- 1.- La incompatibilidad sanguínea, ya antes mencionada.

2.-Las mismas que para la filiación legítima, el ser imposible tener acceso carnal o tener algún impedimento para concebir.

3.-Prueba fehaciente de que la madre en época de concepción, mantenía relaciones sexuales con varios hombres.

La última prueba, para establecer la filiación natural o extramatrimonial, es la presunción establecida por el artículo 383 del Código Civil para el Distrito Federal que dice:

Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

1.-Los nacidos después de 180 días, contados desde que empezó el concubinato;

2.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre concubinario y la concubina.

Aquí no existe probanza, sólo por la simple presunción se equipara al igual que si existiera una filiación legal por la existencia del concubinato.

La reclamación de reconocimiento no es muy utilizada, ya que es dificultosa su comprobación, y además ,dada la mentalidad del mexicano, por orgullo prefiere no entablar una demanda.

Algunas de las relaciones fuera de matrimonio, no presentan elementos suficientes para que el derecho establezca su carácter de obligatoriedad con respecto a la filiación

paterna, dejando como única progenitora veraz a la madre ya que como hemos mencionado su propia naturaleza hace más fácil su vinculación.

Sin embargo, con respecto a esta última hipótesis, surge una interrogante ¿Quién puede ser el titular de esta acción?

El artículo 385 del Código Civil para el Distrito Federal nos dice:

"Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad....."

De la lectura de este artículo entendemos que el hijo tiene el derecho de investigar quién es su padre y en caso de ejercitarse este derecho durante la minoría de edad del hijo es obvio que sea la madre, pero si el menor es huérfano de madre, el legislador no nos dice que personas tienen ese derecho o sea a quienes les deja la titularidad de la acción de investigación de la paternidad.

Presuntivamente podemos decir que será en primer lugar el hijo, sus descendientes cuando el anterior estuviere muerto, y por último creemos que dicha acción también podrá ser ejecutada por la madre cuando se encuentre en los supuestos que menciona el artículo 382 o la concubina.

También la ley nos indica que dicha acción sólo podrá realizarse cuando se encuentre vivo el padre y si este hubiera fallecido en la menor edad del hijo, este podrá intentarla hasta por cuatro años después de que hubiere cumplido la mayoría de edad, después de este tiempo perderá ese derecho. (art 388 C.C.)

#### D.- INVESTIGACION DE LA MATERNIDAD.

Respecto a este tema Antonio de Ibarrola nos dice " La filiación de una persona se compone de elementos múltiples; el primer punto que ha de establecerse es el parto de quien pretende ser la madre, tal mujer ha tenido un niño en tal momento: ello presupone que se conocen el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar hay que establecer la identidad del niño." (24)

Al hablar de esto Rojina Villegas nos señala, "La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y por consiguiente, perfectamente conocido. En cambio, la paternidad no se puede probar en forma directa, sino sólo presumirse. Además para poder determinar quien es el padre, es necesario conocer quién es la madre." (25)

La maternidad tal y como lo hemos dejado asentado con anterioridad, difiere de la paternidad por un hecho natural, ya que ésta última no es visible, la maternidad en cambio queda probada, vinculada por el parto.

La primera forma de constituir el lazo filial del hijo con la madre es el reconocimiento de esta última, que deberá ser de manera solemne y con la formalidad que señala la ley.

Es decir, deberá declarar que se ha dado a luz a una determinada persona. No entrará a mayor problema estableciendo el vínculo, así como sus obligaciones y derechos que traen aparejados.

En relación a ésto, el artículo 60 del Código Civil en su segundo párrafo, nos dice:

" 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."

Del análisis al artículo citado deducimos que, la madre tiene la obligación de reconocer a su hijo de manera forzosa ya que esta vinculación es inata, para el caso de que ésta no lo realizara se podrá investigar la maternidad bajo los mismos presupuestos que la paternidad a que alude el artículo 382, es decir, en la misma forma.

En el supuesto que se ejercite esta acción por la vía judicial, se tomará en cuenta determinantemente el dicho de las personas que estuvieron en el parto, las cuales están obligadas a dar aviso del nacimiento al juez del registro civil, el que levantará el acta correspondiente.

Los elementos para que se integre esta investigación son:

A) El parto de la madre

B) La identidad del hijo

Estos tendrán que vincularse en diversos momentos, el de alumbramiento y su fecha, la edad del reclamante y que no exista la sustitución de un niño por otro, ya que la simple concepción, no es susceptible de prueba.

A diferencia de la paternidad en la que se puede presentar la investigación sólo por los cuatro puntos ya mencionados, en la maternidad es permitido cualquier medio de prueba por el cual se dé el indicio que justifique el parto y la identidad del niño, la única excepción a esta regla es la que marca el artículo 385 del Código Civil que dice:

"Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. "

Interpretando este artículo tenemos que no se permite que se ejecute ésta, la investigación de la maternidad cuando la mujer a la que se le pretenda imputar se encuentre en matrimonio con un hombre distinto del que sea el padre del hijo, ya que por un lado sería mancillar su honra, al poner un hijo anterior al matrimonio existente y al tratar de ejecutar esta acción se impondría al conyuge como padre legal y equiparable a una filiación legítima sin serlo.

La excepción de esta regla es la marca el art 386 del Código Civil para el Distrito Federal, que será cuando la maternidad resulte de una sentencia civil o criminal. Esto es en base a que ya se sabe de la existencia de ese vínculo jurídico. La acción civil será la de impugnación de la legitimidad del hijo por parte del marido y la criminal es de adulterio de la mujer.

Vemos que la finalidad que persigue el legislador es que no se registre un hijo de mujer casada imputando la paternidad a otro hombre diferente del marido.

Al respecto sobre este tema, tenemos que el artículo 374 del citado código nos dice:

\* El hijo de 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 es hijo suyo.\*

Por otro lado interpretando el artículo 63 del mismo precepto a contrario sensu, vemos que si podrá reconocer otro distinto del marido al hijo de la mujer casada, siempre que ésta no viva con el marido, este artículo interpretado de esta manera deja grandes brechas, en cuanto al tiempo, a la impugnación de paternidad del esposo y al caso en que no exista reconocimiento para la investigación de la paternidad.

El artículo 345 nos habla al respecto:

\*No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio.\*

Es decir, el marido tiene acción directa sobre el hijo que ha nacido dentro de su matrimonio aún si el hijo fuera de otro hombre, siempre y cuando el marido viva con su mujer, en la hipótesis de que el conyuge no lo quisiera reconocer y la madre estuviera de acuerdo, y se ejecutara judicialmente, en este momento ya se encuentran desvanecidos los posibles intereses del padre y del hijo, por lo tanto ya es posible restituir, su vinculación y el interés con otra persona distinta del marido.

En cuanto a la maternidad del hijo su identidad quedará probada, por testigos, por presunciones reales que determinen la admisión de la acción, cualquier prueba será admitida legalmente, aun la prueba escrita.

Al respecto Julian Bonnacase nos dice:

"El principio de prueba por escrito resulta de los títulos de familia, de los libros y papeles particulares de los padres, de los actos públicos y aun privados de los contendientes o de los que tuvieran interés en la cuestión." (26)

Los testigos podrán ser cualquiera que les haya constado el hecho de manera fehaciente, tales como médicos, enfermeras, parteras, etc.

Para este efecto es admisible cualquier prueba que pueda establecer el vínculo entre el hijo y la presunta madre, es decir podrán ser aceptadas pruebas desde cuestiones físicas, pasando por psicológicas, hasta cuestiones genéticas, en esta última entraría la prueba sanguínea, de la cual ya hemos hablado en el punto anterior al referirnos a la investigación de la paternidad.

Sobre esta última prueba, la sanguínea, Hugo Gatl nos dice:

"Esta prueba fundada, especialmente en las propiedades aglutinantes del suero sanguíneo y en la clasificación de sangre humana de ciertos grupos o tipos puede ser positiva, es decir afirmar una determinada relación biológica de filiación, o negativa, constar que determinada persona no pueda ser padre de la otra. Jurídicamente considerando, sólo el resultado negativo tiene valor absoluto y decisivo comprobado

biológicamente la imposibilidad de la relación filiatoria, debe ser absolutamente rechazada dentro del campo jurídico. (27)

Desafortunadamente vemos, que esta prueba sólo sirve para comprobación en forma negativa, ya que de manera positiva solo constituye una presunción, pero no por ello el derecho debe rechazarla, por el contrario, deberá utilizarla para su ayuda, reafirmandola con pruebas de mayor o igual peso.

A diferencia de la paternidad, la maternidad puede ser probada en cualquier juicio en que interese el hecho, por lo tanto podrá comprobarse tanto en juicio especial de investigación, como en sucesorio, de alimentos, mientras se probare el entroncamiento con la presunta madre podrá seguir este juicio sin necesidad de abrir el juicio de investigación materna, sólo se requerirá justificar que el reclamante es el mismo que dio a luz la demandada para que se de acción en algún procedimiento.

Al igual que la investigación paterna, las acciones de investigación de la maternidad únicamente podrán hacerse en vida de la madre, si ésta hubiera fallecido en la minoría de edad de su hijo, este tendrá un plazo de cuatro años, después de su mayoría de edad para ejercitar la acción, (artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal).

Esta acción únicamente podrá ser invocada por el hijo nacido fuera de matrimonio y sus descendientes, como lo marca el artículo 385 del C.C.

En este caso sólo, serán los descendientes del hijo, no marca, erróneamente, el precepto citado la manera, el tiempo para ejercer la acción, presumimos que en materia hereditario los descendientes sólo podrían ejercitarla si hubiera fallecido el hijo, pero tratándose de alimentos se podrían presentar la acción de los descendientes en vida del hijo. Cfr(28).

## BIBLIOGRAFIA.

- 1) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima edición 1984, tomo I, pag 642
- 2) Op Cit. pag 34.
- 3) Marcel Planiol, Tratado elemental de Derecho Civil, trad. José M. Cajica. Puebla 1946, pags 110. 111.
- 4) Demolombe C, Cours de Code Napoléon, Vol V Frait de la Paternité et de la Filiation, Paris 1860, pag 1.
- 5) Ripert, Georges y Boulange, El Estado de las Personas, Trad De Felipe De Sola. C. Buenos Aires. Ed Tea. Tomo II, pag 465.
- 6) Ibarrola Antonio De, Derecho de Familia, edit Porrua, 1987, pag 300.
- 7) Galindo Garfias, Ignacio. Primer curso de Derecho Civil 1989. pag 618.
- 8) Rojina Villegas, Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia. Porrua, 1989, pag 591.
- 9) Rojina Villegas R. Ob Cit, Tomo II, pag 592, 593.
- 10) Galindo Garfias. Ob Cit, pag 622.
- 11) Ibarrola Antonio De. Ob Cit pag 303.
- 12) Galindo Garfias. Ob Cit pag 373 y 629.
- 13) Mazeaud, Henri y Leon. lecciones de Derecho Civil, trad Luis Alcala Zamora y Castillo. Buenos Aires, edit Juridicas Europa-America.
- 14) Montero Duhalt, Sara. Derecho de Familia, edit Porrua, 1987, pag 303.
- 15) Rojina Villegas R. Ob Cit, pag 590.
- 16) Marcel Planiol. Ob Cit, pag 590.

- 17) Ibarrola Antonio De. Ob Cit pag 591
- 18) Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil, Tomo I, edit Porrúa, 1989, pag 398.
- 19) Cicu Antonio. La Filiación , trad de Faustino Gímenez, Arnau y Jose Santacruz, Revista de Derecho Privado, Madrid 1930, pags 17, 18.
- 20) La naturaleza jurídica del reconocimiento que aquí se vierte, se analizó de acuerdo a la doctrina expuesta por los autores de la Enciclopedia Jurídica Omeba, pag 219, 220 comparándola y paragonándola con nuestro Código Civil vigente.
- 21) Castan Tobeñas José. Derecho Civil Español Común y Foral, Tomo III. Derecho de Familia. Instituto Editorial Reus, Madrid 1941. pag 719.
- 22) Diego y Gutiérrez Clemente Felipe, De. Dictámenes Jurídicos. Familia. Barcelona Bosch, 1958.
- 23) Omeba. Cfr. Ob Cit Tomo II pag 450.
- 24) Ibarrola. Cfr. Ob Cit., pag 325.
- 25) Rojina Villegas. Ob Cit Tomo II, pag 729.
- 26) Julián Bonnacase. Elementos de Derecho Civil. Tomo I, num 543, trad por M Cajica 1945-1946, Puebla edit Cajica, pag 584.
- 27) Gatl, Hugo E.: La familia y la Técnica actual, pag 301.
- 28) Cfr Ob Cit. Rojina Villegas R. Tomo II, pag 728.

## CAPITULO II

### NUEVAS FORMAS QUE DAN ORIGEN LA FILIACION.

Para hablar de los puntos a que haremos referencia en este tema es necesario establecer los conceptos y una breve introducción sobre los siguientes aspectos:

a) Concepción

b) Esterilidad

**Concepción.**- La Real Academia Española, la define como "(Del lat conceptio-onis) f Acción y efecto de concebir." "Concebir.- Del lat concipére) in r. Quedar preñada la hembra. 2fig Formar idea, hacer concepto de una cosa, comprenderla. 3.fr figura. Comenzar a sentir alguna pasión y afecto." (1)

En el ámbito del derecho la Enciclopedia Jurídica Ormeba nos define a la concepción expresando " Acción y efecto de concebir biológicamente, es el momento de fecundación del óvulo que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona..... con capacidad de derecho limitada a los fines de adquirir por donación o sucesión bienes. " (2)

Nuestro Código Civil no nos define a la concepción, solamente alude a ella y nos la reglamenta en su artículo 22 estableciendo:

"La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley, se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código." (3)

Algunos autores como nos cita Francisco Lledo, no concuerdan con darle al concebido ningún derecho como persona basándose en el hecho de que es un mero prospecto de ser humano. Cfr(4)

La Enciclopedia Omeba nos menciona lo que Busso al respecto dice " Que la disputa acerca de sí el concebido es o no persona tiene un interés puramente doctrinario. Porque aún la generalidad de los códigos que le niegan la personalidad, le reconocen derechos especiales, para lo cual crean la ficción tradicional de que a esos efectos se le tiene por nacido."(5)

Del análisis de estos conceptos, concluimos que para el derecho la concepción será el momento en que se produce la fecundación del espermatozoide con el óvulo y ya que dichas células sexuales tienen vida propia, y su mismo código genético dará la creación de un ser humano, es por esto que la ley se encarga de su protección con sus posibles efectos jurídicos, tomándolo desde este momento con la ficción de persona al concebido no nacido.

La determinación de este concepto trae diversas consecuencias jurídicas, entre las que más interesa a este tema son:

- Determina la situación del concebido no nacido, como sujeto de derechos.
- Determina desde este momento su filiación.

- Establece la vinculación de paternidad y maternidad en los términos de concepción y nacimiento.
- Establece en cuanto a los diversos modos de Inseminación Artificial.
- Su filiación (biológica o genética)
- Vinculaciones familiares
- Derechos a alimentos, herencia, etc.

**Esterilidad.** Fertilidad es la acción que tiene el hombre y la mujer para reproducirse por medio de la copula sexual y produciéndose la unión del óvulo y el espermatozoide. Esterilidad es exactamente lo contrario, es la incapacidad reproductora. Cfr (6)

La esterilidad se puede presentar en dos formas voluntaria e involuntaria, la primera se presenta mediante la utilización de métodos anticonceptivos, la involuntaria como su nombre lo indica no se encuentra planeada y se presenta de dos maneras, fisiológica y otra patológica.

La fisiológica se presenta para ambos antes de la pubertad y en la mujer se vuelve a presentar después de la menopausia, en el hombre no se presenta ésta última ya que a diferencia de la mujer éste sigue produciendo gametos a edades muy avanzadas. La patológica es la que se presenta en cualquier otro momento, cuando se encuentra biológicamente capaz el organismo para producir la concepción sin que ésta se pueda llevar a cabo. Cfr (7)

Cabe aclarar que atendiendo al concepto exacto de la palabra estéril, se puede plantear esta división en patológico y fisiológico, en el sentido médico únicamente se

tiene esterilidad cuando se ha presentado la madurez sexual. Esta última es a la que haremos referencia en el presente tema.

Antiguamente se le atribuía únicamente a la mujer esta causa, en la actualidad se sabe que es un problema también de pareja y que los motivos pueden ser muy diversos. Es decir, la infertilidad es muy relativa de persona a otra y de pareja a otra. El hombre puede resultar infértil con determinada mujer, pero no con otra y de igual manera podría suceder esto con la mujer fértil con un hombre y estéril con otro. Por lo tanto podemos decir que también se da la infertilidad de pareja y no sólo del individuo aisladamente. Cfr (8)

También puede presentarse una esterilidad aislada, es decir que esto sólo se presente en uno de los cónyuges sea cual sea su pareja, ya sea el miembro masculino o el femenino, explicaremos en que consisten ambas:

La esterilidad aislada masculina.- Puede deberse a alteraciones de la función del testículo (esterilidad secretora) o a oclusiones de las vías espermáticas (esterilidad excretora).

Las causas de esterilidad secretora son numerosas entre las más frecuentes tenemos:

- Transtornos por empleo de fármacos, etc.
- El síndrome de Klinefelter
- Intoxicación por plomo, por tolueno, radiaciones ionizantes, etc)
- La insuficiencia hipofisaria Cotal.

También se presenta por obstrucciones en las vías excretoras, que provienen del testículo se abren en la uretra, dichas obstrucciones pueden deberse a causas congénitas, inflamatorias, traumáticas etc. La investigación para saber si es posible utilizar el semen para una inseminación artificial en el caso de que sólo exista obstrucción pero éste sea utilizable (sano) se basa en historia clínica, exploración y examen del líquido seminal entre otros, con sus diversas etapas. Cfr(9)

Esterilidad Aislada Femenina.- Puede deberse a obstáculos que provocan que no se unan el esperma y el óvulo, a ausencias de la ovulación, a agentes que destruyen fácilmente a los espermias, o a carencia de las condiciones necesarias para que el huevo se pueda anidar. El examen para saber hasta que grado se produce la esterilidad y la posibilidad de una inseminación artificial es por lo general el exámen poscoital entre otros.

Aún ya sabiendo las multiples causas de esterilidad y que también puede atribuirse a la pareja por incompatibilidad de gametos, cuando se presenta la aislada por parte de alguno de ellos solamente, es mas criticable la masculina ya que erróneamente se asocia ésta con la impotencia.Cfr (10)

## **A.- GENERALIDAD DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.**

Ya hemos hablado de cuestiones importantes para la materia de la presente tesis. La concepción y la esterilidad, ante la ausencia de la primera y por lo tanto la presencia de la segunda se da un reto ante la naturaleza del hombre.

El ser humano ha querido obtener la fuente de la vida eterna y es a través de los descendientes, que logra satisfacer esta ficción; sin embargo, ante la imposibilidad de la concepción se presenta en el ser humano una frustración de lograr este anhelo y es por ello que gracias a la ciencia y con la utilización de métodos que alteran las imposibilidades naturales en ocasiones se logra.

Para algunos este anhelo frustrado se supera mediante vía de la adopción, pero en algunas parejas por cuestiones psicológicas no cabría esta posibilidad.

En nuestra opinión en México sería la mejor forma de resolver el problema de infertilidad, ya que existen más niños sin padres, que padres para ellos, pero ante la idea de que la adopción no fuera benéfica ni para el niño, ni para los posibles padres, argumentamos que es mejor que no se realizara.

Pero en algunos países donde la adopción presenta un problema de tiempo, trámites y detrimento de niños, para ello se abre un nuevo campo con la inseminación artificial y sus diversas variantes.

Debemos aclarar que aunque en México exista una sociedad de jóvenes y sobrepoblación, no debe el derecho cerrar su puerta a la era del futuro, el cual trae aparejado consecuencias que dan un vuelco al derecho de familia.

Esta técnica realmente no tiene nada de nueva, ya que data en inicios en el siglo tercero y fue aceptada médicamente en el año de 1930.

Los primeros tipos de Inseminación no se dieron por supuesto en seres humanos, estos fueron realizados en animales. Se cree que en 1322, los árabes inseminaban yeguas para lograr la mejora genética de sus animales. Cfr (11)

En la actualidad los métodos se han ramificado enormemente encontrándose diversos tipos y aún combinaciones entre ellos, y estos son los siguientes:

1.- FERTILIZACION IN VITRO (Extrauterina en la primera etapa y uterina en la posterior).

2.- FECUNDACION ARTIFICIAL:

- Homóloga
- Heteróloga
- Mixta

3.- MATERNIDAD SUSTITUTA.

Estudiaremos cada uno de estos métodos, dentro de su esfera jurídica, pues es en este campo en donde surgen más incógnitas que al hombre le interesa decifrar.

En efecto, en el mundo jurídico se originan una serie de resultados con la aplicación de estos métodos de inseminación, consecuencias que nuestro legislador no las contemplo, en el código civil y no lo hizo, seguramente porque en la época en que se elaboró el ordenamiento civil de 1928 aún no era común el uso de los sistemas de inseminación a que aquí nos referimos, siendo la única forma el método natural tradicional que es utilizado por la generalidad del ser humano.

## **B.- FERTILIZACION IN VITRO.**

El Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas nos dice que In vitro, es " En vidrio relativo a un proceso o reacción que se lleva a cabo en una caja de cultivo o en un tubo de ensayo. Lo contrario a in vivo. " (12)

Pedro F. Silva Ruiz, nos dice de su traducción hecha al "Report of the Committee of Inquiry into Fertilization and Embryology". Que la Fertilización in vitro es " un término genérico que denomina varios métodos médicos que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad.

El método más frecuente utilizado consiste en la remoción del óvulo materno, su fertilización in vitro con semen del marido y su implante en el vientre de la misma mujer de donde aquél procedió. En otras palabras, en vez de fertilizar, in vivo, la fertilización es in vitro.

El segundo método es una variación del primero, en cuanto el semen fecundante proviene de un tercero o donante.

Un tercer método conlleva la utilización de óvulo y semen de donantes. La madre fisiológica no es la madre genética. Se fertiliza in vitro y luego se implanta en el vientre de la madre fisiológica. " (13)

Esto al mismo tiempo constituye, además de una fertilización in vitro una variante de la maternidad sustituta que será tratada en el capítulo siguiente en mayor detalle.

Para el 25% de las mujeres infértiles, esta es una alternativa atractiva, ya que se logra la fertilización en vidrio extrauterina, pero después una vez implantado el feto, se puede lograr el proceso de embarazo común y corriente e incluso un parto normal.

La situación de filiación no entra en controversia cuando los gametos utilizados son de los conyuges, y una vez fecundados en el disco o tubo especializado es implantado en la misma esposa. Aquí el hijo tendrá una situación de legítimo, y sus padres biológicos, son los mismos fisiológicamente aún que para lograr esto se haya omitido la cópula sexual.

Estamos de acuerdo en esta variante de inseminación artificial extrauterina, porque si se logra el propósito de fertilidad a que está afectado, se lograra el benéfico buscado por los cónyuges mismo que será benéfico también para el futuro producto.

La problemática se presenta en las otras variantes de la fertilización in vitro:

- a) La primera de éstas es cuando es utilizado semen de un varón diferente al esposo de la mujer que se va a inseminar, ambos gametos se unen artificialmente en vidrio y posteriormente se implanta en el vientre de ella en vivo. (Inseminación heteróloga-in vitro)

Aquí la problemática caería en establecer la filiación del producto.

Si dicha práctica se ha hecho con el consentimiento del esposo, se seguirá de que el hijo nacido dentro de matrimonio se presume del esposo, la práctica nos muestra que el papel de el donador es de permanecer en el anonimato y en ningún caso tiene obligación filial con el futuro producto.

Pero por otra parte también se limita con esto al hijo de seguir la acción de investigación de paternidad, sólo será proporcionado al hijo información biológica acerca de su padre genético, sin que por ello su identidad sea revelada.

- b) En esta segunda variante, la problemática de establecer la filiación es aún más controvertida ya que ambos gametos utilizados son de donadores y el implante es hecho en otra mujer (esposa). Es decir, aquí se presentan cuatro sujetos dos de ellos esposos, y dos de ellos donadores. Estos últimos se encuentran fuera de responsabilidad alguna, aunque genéticamente sean los padres.

Fisiológicamente la segunda mujer (esposa) será la madre y por consiguiente la responsable de la filiación establecida, en cuanto al esposo de ésta no tiene ninguna intervención más que en el sentido de ser cónyuge de la madre fisiológica, si éste se encuentra a favor de dicha práctica por presunción sería el padre jurídicamente.

- c) La última práctica que se presenta es a la que hace mención Pedro Silva R, en la que existe la posibilidad de que los óvulos fertilizados (embriones) no se implanten en ningún vientre y sólo se mantengan en el laboratorio con fines de investigación. Después podrían ser destruidos, de lo que se recomendó en el informe de Warnock, que ningún embrión sea utilizado con fines de investigación más de 14 días después de su fertilización. Cfr (14)

### C.- FECUNDACION ARTIFICIAL.

La fecundación artificial o inseminación artificial humana (uterina) se encuentra definida por la Enciclopedia UTEHA como " La técnica por la cual se introduce artificialmente el espermatozoides en las vías genitales femeninas con el fin de obtener una fecundación cuando esta no sea posible por medios naturales." (15)

También tenemos que definida por Zanoni como " La introducción del semen del hombre en la vagina de la mujer con el propósito de procrear sin que haya cópula o coito. Es una alternativa para personas que no pueden procrear por los medios naturales." (16)

El citado autor también nos menciona que esta " salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer.

En muchos casos, la pareja es infecunda debido a causas que atañen exclusivamente a la mujer, sin ser ésta estéril. No superándose estos trastornos mediante tratamientos terapéuticos, pueden recurrir a la inseminación artificial.....Pero puede ocurrir que frente a la esterilidad del marido....la pareja decidiese recurrir a la inseminación utilizando el espermatozoides fértil de un tercero...

Ahora bien cualquier tipo de inseminación se da sin la existencia de cópula. El semen es inoculado mediante jeringas o catéteres y depositado en el cuello vaginal o en las cercanías del óvulo femenino. " (17)

De los mencionados conceptos deducimos que este tipo de fecundación artificial al que nos referimos es sin la existencia de coito pero la fecundación es uterina, con la obtención del semen en una jeringa y depositado en el cuello de la vagina.

Como ya se había mencionado anteriormente existen tres variantes a esta práctica:

### **C.1 Homóloga**

### **C.2 Heteróloga**

### **C.3 Mixta**

## C.1 FECUNDACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.

Es también denominada autoinseminación, es la introducción artificial del semen del esposo para lograr la fecundación del elemento femenino (óvulo) de su cónyuge, es decir, la variante radica en que los elementos (gametos) utilizados sean de los cónyuges, sin la existencia de cópula. Cfr (18)

Esta biológicamente se indica en los siguientes casos:

- a) En la esterilidad por impotencia coeundi, es decir, incapacidad del varón de depositar el semen por medio del acto sexual en el fondo de la vagina, en ocasiones ni siquiera en cualquier parte de la vagina (rechazo psíquico, minusvalía con parálisis, etc)
  
- b) En la esterilidad por malformaciones congénitas del aparato genital externo de la mujer o del hombre, que impida la realización del coito normal.
  
- c) En la esterilidad por impotencia generadi, en la que el varón puede realizar el acto sexual con normalidad, pero el semen que aporta no reúne las condiciones adecuadas para fecundar el óvulo (bien porque su volumen sea escaso, o contenga muy pocos espermatozoides o con muy pobre vitalidad).  
  
En tales casos, se puede lograr combatir la esterilidad preparada, seleccionando y capacitando a los espermatozoides.
  
- d) En la esterilidad por alteraciones escasez, sequedad, infección, etc, del moco al cuello del útero, que actúa como barrera al paso de los espermatozoides hacia el útero." (19)

En cuanto a lo que nos toca establecer, el vínculo filiatorio que se crea, aquí es plenamente tangible, los padres genéticos son los únicos y por lo tanto existiendo el consentimiento de ambos, no se presenta ninguna controversia filial, nuestro código no plantea la posibilidad, aunque su práctica es ya utilizada desde muchos años atrás en nuestro país.

El Código Civil de Puerto Rico ya contempla esta posibilidad equiparando al hijo que haya nacido por inseminación artificial homóloga como hijo legítimo, así mismo también establece el mismo término que le da al legítimo, que nazca después de 180 días siguientes a la celebración del matrimonio y dentro de 301 de la disolución. (art 113).

Una vez equiparado al hijo legítimo en todo lo demás, caería en estos supuestos, aún tratándose de impugnación.

Estamos de acuerdo en la adhesión de este artículo, en nuestra legislación por creer que se acoplaría perfectamente a nuestra idiosincrasia y en la que no traería ninguna controversia filial y sí muchas soluciones a casos que puedan presentarse.

Existe también la hipótesis de que ya existiendo bancos de esperma y haciendo posible la congelación del semen, se permita la inseminación Homóloga post mortem. Zaroni al respecto nos dice " Sería considerado hijo y por consiguiente heredero de su padre. La viuda podría alegar, y probar, que el hijo fue concebido con semen del marido obtenido antes de su fallecimiento; ésto es, el marido aceptó expresamente la conservación de su esperma con el propósito de engendrar un hijo con su mujer, y que la concepción se produjo con dicho esperma." (20)

Los fundamentos, según Zanoní, del derecho de filiación matrimonial \* asienta dos pilares fundamentales. Uno de naturaleza biológica, el hijo es legítimo porque fue concebido por marido y mujer. El otro, de naturaleza institucional: el hijo es legítimo porque fue concebido durante el matrimonio. El primer fundamento implica una exigencia genética, el segundo una exigencia institucional. \* (21)

Siguiendo la vertiente del citado autor, no estamos de acuerdo con la Inseminación homóloga Post mortem, ya que dentro de los fundamentos de la filiación matrimonial el primer pilar queda asentado pero el segundo queda fuera de alcance.

Creemos sin duda que esta variante de la ciencia trae grandes beneficios, en algunas cuestiones individuales, en el caso de personas que tendrán que ser sometidas a radiaciones o que piensan hacerse un tipo de operación que pueda afectar su fertilidad o simplemente para casos de planeación familiar, pero el derecho se encarga de vigilar el bien común, y como su nombre lo indica ésta será general, opinamos que esta práctica no sería conveniente en México ya que aparte de su costo tan elevado, traería consigo mover cimientos demasiado fuertes para nuestra legislación filial, por lo tanto concluiríamos diciendo que esta práctica sea prohibida, y bien sólo se plantee la incognita sobre ¿Hasta dónde llegará la titularidad de los gametos ?

## C.2 FECUNDACION ARTIFICIAL HETEROLOGA.

Es la técnica por la cual se insemina de manera artificial (sin coito) a una mujer, pero ante la imposibilidad de vitalidad de los espermias de su conyuge esta se realiza con el semen de un tercero (donador) y reviste mayores complicaciones en cuanto a su práctica y en materia filial.

Las causas biológicas por las que se presenta son las siguientes:

- a) La esterilidad originada por un factor irreversible e insoluble del semen del varón de la pareja, y por ello no solucionables con la terapéutica común ni por la inseminación homóloga. Se trata en general de azospermias u oligospermias muy graves.
- b) En la esterilidad por alteraciones o anomalias cromosómicas genéticas, del varón de la pareja (aún cuando la mujer pueda ser fecundada), que son causa de abortos de repetición durante el primer trimestre del embarazo, impidiendo la descendencia.
- c) En las enfermedades genéticas y hereditarias graves del varón de la pareja, que puedan transmitirse.
- d) En la incompatibilidad por insensibilización grave del factor RH en la pareja( si bien actualmente se puede vacunar contra la sensibilidad RH).
- e) En la esterilidad por impotencia del varón de la pareja.
- f) En las infecciones transmisibles por el semen del varón, como la hepatitis, el sida, etc \* (22)

La selección de donadores, es por medio de programas preestablecidos para procurar que el coeficiente mental y características físicas sean adecuadas. Se utilizan por lo regular hombres jóvenes y que se encuentren preparados intelectualmente. Cfr (23)

Pero aún con la realización de semen sano y se planteen grandes posibilidades de éxito hay que hablar de un problema en cuestión para la fijación de la filiación, que será necesario se presente la voluntad de ambos conyuges.

Pueden darse dos hipótesis. La primera es que la mujer realizara la inseminación con consentimiento de su esposo.

O también puede plantearse que la mujer lo efectúe sin el consentimiento y su esposo al descubrirlo revertir todas las consecuencias.

Trataremos ambas hipótesis y sus posibles problemáticas.

A.- En la primera hipótesis en la cual se presenta la inseminación o fecundación artificial heteróloga (con semen de un tercero) de una mujer casada y que su esposo a dado su consentimiento, aparentemente caeríamos en los supuestos de la concepción en los plazos establecidos dentro del matrimonio que marca nuestra legislación vigente, y por lo tanto el hijo caería en una situación filial de legítimo, pero entraría aquí la incógnita de si el padre ejerce la acción de desconocimiento de paternidad, dentro del plazo establecido mencionado en el primer capítulo, alegando no haber tenido acceso carnal o probare la incompatibilidad por la prueba

hematológica o la impotencia, habiendo dado el consentimiento para que se efectuare la fecundación artificial ¿Cuál sería la situación filial de ese producto?

A esta controversia existen diversas posiciones a seguir.

La Enciclopedia Jurídica Omeba nos dice que si se presentara esta situación y se ejerce dentro del término legal el esposo " podría destruir la legitimidad del hijo de su mujer, sin que se le pueda oponer su consentimiento previo a la fecundación artificial. Así como no puede crear un vínculo de parentesco entre su familia y un extraño, por la adopción, también basta su consentimiento para introducir en la familia una persona extraña a su sangre, mientras su arrepentimiento tenga lugar dentro del angustioso término que le acuerda la ley para impugnar la paternidad."(24)

Pedro F. Silva Ruiz nos dice al respecto, "A mi juicio el marido no debería quedar triunfante, pues la doctrina de los actos propios se lo impediría:"

Nos menciona también el citado jurista que el artículo 72 del Código de Familia de Costa Rica, vigente desde el 7 de Agosto de 1975 dispone " La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades".(26)

La práctica en los Estados Unidos de Norteamérica y la forma en que se desenvuelve este tipo de inseminación, nos da diversas soluciones, en efecto entre 24 estados de la Unión Americana en donde se han presentado controversia filiales-legales en cuanto a esta técnica, sólo para el año de 1985 dos estados habían intentado reglamentar toda la cuestión problemática y la selección de donantes:" Cfr (27)

La revista de Derecho Puertorriqueño nos expone dos de estos casos dignos de mención y su resolutive.

El primer caso de K.S vs G.S. se trata de una petición de alimentos mediante inseminación artificial heteróloga. El tribunal sostuvo que el marido que había otorgado su consentimiento para que se practicara la inseminación artificial de su esposa, no había probado su revocación a la misma, cuando los procedimientos iniciales resultaron en aborto, por lo tanto se resuelve que se le pague dicha pensión.

El segundo caso K.T vs M.T. El departamento de Servicios Sociales radicó una acción en contra del demandante solicitando alimentos para dos niños. La Corte sostuvo que la demandante, una mujer que trató de cambiar su identidad, viviendo como hombre, que había obtenido una licencia matrimonial y se había casado con la madre de los niños venía obligada a los dos niños nacidos mediante inseminación artificial, ya que el demandado había suscrito un acuerdo en el cual aparecería como padre de los niños y por lo tanto había renunciado cualquier derecho a rechazarlos. Cfr (28)

Otros estados de la misma Unión Americana han resuelto el problema del consentimiento del marido mediante estatutos que requieren que el consentimiento sea escrito, aunque ninguno requiere específicamente la misma formalidad cuando se trata de revocación del consentimiento.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal ni ningún otro ordenamiento jurídico mexicano, contemplan alguna mención a estas controversias, ya que aunque son practicadas no revisten rastros de ellas.

Nosotros opinamos que sería injusto que una vez dado el consentimiento del marido para llevar esta práctica su esposa, éste pudiera arrepentirse y dejar en estado de natural a un hijo nacido dentro de matrimonio.

Así mismo creemos que esta cuestión de su consentimiento debería ser por escrito para que en un futuro, aún en los plazos legales establecidos éste no pudiera ejercitar el desconocimiento, esto traería también la introducción de un artículo a nuestro Código Civil como el que ha implantado el Código de Costa Rica, aunque con la introducción de este artículo, se dieran diversas excepciones al orden familiar preestablecido; pero en nuestro criterio proporcionaría una seguridad jurídica a la mujer y al producto futuro, creado por esta técnica.

Aún cuando estos supuestos no fuesen implantados creemos que muy pocas posibilidades habrán de privar al hijo de su filiación legítima, ya que si el esposo ha mediado su consentimiento, mientras no ejecute dicha acción contraria a los términos establecidos o sea ejercitado por personas con interés jurídico y capacidad para ello no podrá alegarse nada.

B.- Atendiendo a la segunda hipótesis mencionada, el caso en que se llevara la inseminación artificial de mujer casada con semen de un tercero y no mediará consentimiento del marido.

En este caso, no cabe duda que el marido, sus herederos o terceros, podrán ejercer las acciones de impugnación de la paternidad autorizadas por el código civil.

En este caso el hijo quedará en una situación de una filiación natural o extramatrimonial con sólo el lazo materno.

Aquí cabría otra desviación en cuanto al tema que sería posible se planteara ¿Podría pedirse el divorcio y /o acusarse de adulterio, a causa de la práctica de esta técnica, a la mujer casada que lo llevase a cabo sin consentimiento del marido?.

A lo cual nos contesta el jurista Pedro Silva R. que podría mediar la acción de divorcio por la causal de "trato cruel o injurias" pero no la de adulterio por la no existencia de acceso carnal, con lo cual estamos de acuerdo. Cfr (29)

### **C.3 FECUNDACION ARTIFICIAL MIXTA.**

Es la realizada con semen del marido en los casos que sufre oligospermia (deficiencia de espermias, pocos espermatozoides) y del semen de un donador. Algunos médicos la utilizan y hacen creer con esto que el marido es el creador de la criatura.

Los médicos requieren de la pareja que realicen el coito la noche posterior a haber realizado la fertilización, la cual es llevada de la misma manera que la heteróloga, y que en la realidad es solamente heteróloga pero por cuestiones psicológicas para el marido se hace esta mezcla. Cfr (30)

#### **D.- LA ACTITUD DEL DONADOR Y LA CONFIDENCIALIDAD DEL EXPEDIENTE MEDICO.**

Este problema se presenta sólo en la utilización de la práctica de la fecundación artificial heteróloga, y es así debido a su propia naturaleza, y como ya habíamos hecho mención en el citado artículo del código de Costa Rica con el cual estamos de acuerdo el donador deberá permanecer en el anonimato y no tener responsabilidad alguna con el futuro producto aún cuando medie la voluntad o no del marido.

Pero debe tenerse en cuenta que cuando se lleve a cabo debe existir una confidencialidad absoluta en cuanto a quién es el donador y su historial médico.

Aquí se presentan diversas hipótesis, la primera a la que nos cita el jurista ya mencionado Silva R. Pedro es "El hijo concebido y nacido mediante IAD podría tener interés en conocer a su padre biológico por razones médicas. El padre biológico pudiera querer, por diversas razones, mantenerse en el anonimato." (31)

También nos menciona un caso en el cual en Estados Unidos de Norteamérica se presentó un niño adoptivo, pidiendo acceso al expediente de adopción ya que quería obtener información médica acerca de sus padres biológicos. El tribunal accedió a darle los datos solicitados pero nunca descubrió la identidad de los padres. Cfr (32)

Se han presentado múltiples casos en los cuales las resoluciones han sido parecidas, pero más aún en el caso de un sólo donador debe prevalecer el anonimato de este, aunque se proporcione los datos médicos que únicamente podrán ser otorgados en casos extremos y cuando sean solicitados por el hijo.

Asimismo creemos pertinente la creación de un expediente médico y un archivo central en una dependencia competente sobre salud, en que se mantengan resguardados todos éstos datos.

Aunque con este principio que acatamos se rompe el precepto jurídico mencionado para el hijo en el capítulo primero, sobre el derecho que tiene de la investigación de sus padres, sin embargo considero necesario que una vez que el propio proceso de su nacimiento ha sido alterado, también lo sea lo legalmente establecido.

La mujer soltera y la Inseminación Artificial.- Zanoni al respecto de este tema nos dice " La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionaran mujeres ideales (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de hombres ideales....la procreación no es una pura función biológica que pueda ser objeto de consideración, independiente de la función institucional que aquella cumple socialmente....."(33)

Por nuestra parte creemos que esta práctica debe ser prohibida a la mujer soltera, ya que esta técnica se presenta para solucionar el problema de fertilidad en pareja y una mujer soltera puede recurrir al método normal con otra persona, si esta empleara la inseminación, concordamos con lo expuesto con el jurista mencionado, sería un caso patológico, y al presentar su rechazo al hombre, podría también rechazar al futuro producto varón que le naciera, sin embargo en Estados Unidos de Norteamérica donde se presentan casos sobre este tema, los tribunales no se ponen de acuerdo sobre si se violan o no derechos constitucionales y por lo tanto si se puede o no ejecutar dicha técnica por la mujer soltera.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1) Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima Edición, Tomo I, 1984, pag 351.
- 2) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, edit Bibliografica. Argentina. 1979, pags 578,579.
- 3) Ob Cit. C.C.D.F.
- 4) Cfr. Ob Cit Lledo Yague T, pag 348.
- 5) Omeba, pag 579.
- 6) Cfr. Sanchez Vazquez Lizette. La Concepción Mediante la Inseminación artificial y sus efectos en el Derecho de Familia. Revista de Derecho Puertorriqueño . Escuela de derecho de Puerto Rico, Feb 1988., pag 244.
- 7) Cfr. Uteha. La Salud, Tomo 12. Aparato Genital Femenino, 1988, pag 1062, 1066.
- 8) Cfr Raandolp Lee Claark, Russell W. Comley. El libro de la Salud. Enciclopedia Medica. Cia editoriaI Continental. S.A.México, pag 552, 817.
- 9) Cfr Ob Cit. UTEHA pag 1066, 1067.
- 10) Cfr Ob Cit pag 1068, 1069.
- 11) Revista Moralia, Aspecto Científico y Técnico de la Inseminación y de la Fecundación In vitro pag 215,216.
- 12) Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Medicas, edit Mc Graw Hill. Cuarta edición. primera en español, pag 100.
- 13) Silva Ruiz Pedro. El derecho de Familia y la Inseminación Artificial In vitro e In vivo. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, 1977, pag 154.

- 14) Ob Cit pag 167
- 15) UTEHA Ob Cit pag 1069.
- 16) Zanon Eduardo A. Inseminación Artificial y Fecundaciones extrauterinas (Proyecciones Jurídicas) edit Asturrea, Buenos Aires. Argentina, 1978, pag 47.
- 17) Ob Cit pag 48.
- 18) Ob Cit, Tomo II, pag 74.
- 19) Ob Cit, pags 209,213.
- 20) Ob cit pag 43.
- 21) Ob Cit pag 44.
- 22) Revista Moralia. Ob Cit pag 221.
- 23) Cfr Alonso Hinojal, Isidoro. La Crisis de la Institución Familiar, Salvat ed Barcelona España, 1971.
- 24) Ob cit Omeba. pag 73
- 25) Ob Cit. P.S.R. pag 30.
- 26) Ob Cit. 74.
- 27) Cfr Mateo de Acosta, Oscar. Fertilización In vitro. Revista médica de Cuba, agosto 1985, pag 799.

28) Ob Cit. Revista de Derecho Puertorriqueño.,pag 245

29) Cfr. Silva Ruiz, pag 32,35.

30) Cfr Ob Cit pag 234.

31)Zanoni. Ob Cit pag 54.

32) Cfr Ginecología y Obstetricia de México. I.M. S.S, Febrero 1979, pag 93.

33) P.S.R.Ob Cit pag 27, 29.

## CAPITULO III.

### LA MATERNIDAD EN CASO DE GESTACION POR MADRE SUSTITUTA.

#### A.- CONCEPTO Y GENERALIDADES.

Al respecto el Jurista Pedro F. Silva Ruiz, haciendo un análisis de los diversos conceptos que se han dado en torno de este tema nos dice:

Que para Encarnación Lázaro Mari y Vicente Fernández Burgueño. La maternidad subrogada es " Aquel caso en el que realizadas las primeras fases de la fecundación como apuntábamos para la fecundación in vitro, los embriones formados no son implantados en la madre biológica , sino en otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello debido, bien a que la primera mujer no puede realizar una gestación normal, o bien porque, sin motivo aparente, no quiere hacerlo. Este tipo de maternidad presenta dos modalidades fundamentales: la madre de alquiler cede no sólo su útero, sino también sus óvulos, con lo cual sería también la madre biológica del neonato al que cedería en adopción a la pareja que ha alquilado sus servicios y, una segunda posibilidad, consiste en sólo la cesión de su útero al cual se transfiere un embrión, que al igual que en el caso anterior, una vez nacido es entregado a la pareja contratante." (1)

En el Estado de Victoria, Australia, se ha definido la maternidad subrogada como "el arreglo mediante el cual una mujer da a luz un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo tan pronto nazca o inmediatamente después del nacimiento." (2)

En Estados Unidos la literatura jurídica la ha definido en los términos siguientes " La maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con el nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La madre subrogada es una mujer fértil que conviene, mediante contrato, se le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar la criatura y darla a luz o procrearla.

Una vez nacida la criatura, la madre subrogada o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico, además terminan todos sus derechos de filiación sobre ella para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte."(3)

El mencionado Jurista Silva Ruiz, también nos dice que el Informe Warnock, en Inglaterra, define el concepto surrogaty de la siguiente manera "Es la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca. La utilización de la inseminación artificial y los recientes desarrollos en la fertilización in vitro han eliminado la necesidad de relaciones sexuales para producir la preñez de la madre subrogada. La maternidad subrogada puede producirse mediante varios medios.

La mujer (commissioning mother) que contrata a otra puede ser también la madre genética si provee el óvulo o puede no contribuir con elemento genético alguno para la gestación o preñez de la madre suplente. El padre genético puede ser el marido de la mujer (commissioning mother) o el marido de la madre suplente o un donante anónimo."

Por consiguiente, hay varias personas envueltas, en la realización de la práctica así como también hipótesis diferentes que se presentan ante esos sujetos, que serán relevantes en la concepción de la criatura, su nacimiento y medio ambiente familiar en los primeros meses y semanas. De varias posibilidades en que puede establecerse la maternidad subrogada, la más frecuente es aquella que conlleva la inseminación artificial, donde la madre suplente es también la madre genética, inseminada con el semen del esposo de la mujer (commissioning mother) que pretende lograr la filiación del hijo de su esposo por medio de la adopción. Cfr(4)

También nos menciona lo que dice Keane al respecto, que la maternidad subrogada significa el contrato de la mujer con una pareja ( matrimonio), inseminándose artificialmente con el semen del esposo de aquella otra mujer, concebir, gestar y dar a luz o procrear un niño cuya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquel con cuyo semen fue inseminada.(5) Cfr

De dichos conceptos deducimos que los nombres que se han dado a esta técnica es variada Maternidad Sustituta (subrogate mother) Maternidad Subrogada, Maternidad de Alquiler, Alquiler de Uteros etc.

Esta consiste en un alquiler de las funciones reproductivas de una mujer. Esta es fértil y lo acuerda por medio de un documento (él cual gira controversia en su calidad como contrato), será inseminada artificialmente con semen de un hombre casado que no es su esposo y procreará un hijo. Cuando éste último haya nacido lo entregará al padre y renunciará a los derechos que pudiese tener sobre el hijo para entregarlo a la esposa del padre por adopción.

Se presenta así también dentro de ésta misma, otra práctica a esta técnica, que es una variante de la inseminación in vitro en la cual los gametos aportados son de los

cónyuges y se lleva a cabo la fecundación en vidrio y se deposita en vivo en una segunda mujer la que lo gestará. Una vez nacido el hijo, lo entregará a los padres genéticos, siendo ella únicamente la madre física.

Vemos que este concepto ya es tratado en los primeros capítulos del Antiguo Testamento que nos habla de mujeres estériles que fueron provistas de hijos por medio de madres sustitutas.

Hoy por medio de las técnicas científicas a que hemos hecho mención, este método es menos personal, pero el objetivo es el mismo, y las consecuencias más controvertidas, pues origina la necesidad jurídica de dar la titularidad de gametos y sujetos que giran en torno.

La utilización de esta técnica es por múltiples causas, la más común es la infertilidad de la mujer dentro de la pareja, otras más son por defectos genéticos que pueden ser transmitidos durante el embarazo, o por cuestiones de riesgo a dar a luz. También es por ventajas en el proceso de adopción ya que en esta práctica la espera es de solo nueve meses y será genéticamente hijo de alguno de los dos o de ambos, y en la adopción no se tiene relación natural con ninguno de los posibles padres. (6) Cfr.

Atendiendo al concepto referido no estamos de acuerdo en la denominación que se le ha dado, la madre biológica no tiene nada de sustituta, ya que es la que realmente lleva a cabo todas las funciones de la maternidad y la segunda madre y/o esposa es la que realmente haría aquí el papel de sustitución.

Creemos que se le ha atribuido este concepto dada la característica de la entrega del producto una vez realizado el proceso de gestación. Trataremos de dar algunas respuestas que giran en torno de la materia filial de este tema.

## **B.- IMPUTACION DE PATERNIDAD.**

Sin duda esta técnica constituye una realidad en cuanto a las relaciones jurídicas familiares, la configuración de la paternidad se pone entredicho ante la presentación de principios nuevos que alteran los vigentes estatutos filiales, aparentemente podríamos decir que no existe controversia en la utilización de esta práctica, ya que como anteriormente vimos en los conceptos que se han dado nos menciona la existencia de un solo sujeto masculino y la utilización sólo de sus gametos por lo tanto se sabría claramente quien es el padre biológico, sin embargo la controversia se plantea cuando existe otro sujeto masculino que legalmente le correspondería la filiación.

Tenemos que la citada controversia gira en las siguientes dos hipótesis:

- 1.- Que la mujer inseminada (sustituta) sea soltera por consiguiente no existe presunción de paternidad legal, y es posible aplicar solamente la imputación de paternidad del dador del semen, ya que en esta práctica el dador del semen no se mantiene en anonimato.
- 2.- Que la mujer inseminada (sustituta) se encuentre casada, y por lo tanto se presenta una presunción de paternidad doble, la del dador del semen y la del conyuge de ésta.

En ambos casos se dará el semen por vía impersonal de un hombre que se encuentra casado con otra distinta de la inseminada (sustituta) por lo que en cuanto a la determinación de la paternidad podrían plantearse diversos tipos de soluciones,

entre ellas la que se optara por considerar que la determinación de la filiación podrá dilucidarse por vínculo de naturaleza genética o biológica.

Por otro lado, en el supuesto de que el hijo se encuentre registrado por alguno de los supuestos padres, la controversia se suscita en que se siga la filiación formal o registral aunque no coincida con la paternidad biológica o genética. Cfr (7)

Existen algunos casos dignos de mención y las soluciones en cuanto a fijación de paternidad que se han dado.

En el Condado de Wayne, en Estados Unidos, un matrimonio sin hijos contrató a una mujer casada para ser inseminada con semen del contratante (sykosky). Se estipuló que al nacimiento del producto se obtendría su custodia y se pagaría una cantidad x dolares; sin embargo cuando nació el niño, éste no le fue entregado al padre biológico por lo que instauró acción de filiación, en contra de la mujer contratada.

El procurador de dicho condado negó la acción y otorgó la paternidad al esposo de la inseminada (sustituta) alegando que no se tenía jurisdicción sobre el esposo de la contratada, ya que la acción estaba relacionada con un acuerdo sobre la madre sustituta.

El procurador general alegó que el demandado (appleyard) era el padre legal del niño, ya que estaba casado con la madre sustituta.

La Corte también sostuvo esta resolución, diciendo que el acto de paternidad no podía usarse para facilitar contratos ilegales. No se enfatizó la situación del contrato que fue llevado a cabo y si éste contravenía o no la política pública. Sólo se dedicó a la cuestión filial del asunto.

En Apelación La Corte Suprema de Michigan al revocar y devolver el caso, sostuvo que la Corte de Circuito tenía jurisdicción sobre la petición de filiación del padre biológico bajo el Acto de Paternidad, para declarar su paternidad del niño en que el padre y la madre biológica celebraron un contrato de subrogación. Cfr (8)

Otro caso que ha causado gran controversia en Estados Unidos fue el del Baby M.

Se convino un (contrato) de maternidad sustituta, por Willian Stern y su esposa Elizabeth con Mary Whitehead mujer casada, se convino la paga solamente de los gastos médicos, los cuales eran realmente altos, esto se hizo por medio del Centro de Infertilidad de Nueva York.

Una vez nacida la criatura no se entregó por la madre biológica, después se instaló una demanda por los esposos Stern, donde les fue proporcionada la custodia de la niña, y a la madre biológica se le permitió únicamente su visita en cuanto se resolvía la citada controversia. La resolución final dictada por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, resolvió en cuanto a la situación de paternidad, otorgarle la custodia a su padre biológico y por lo tanto legal, se le permitió a la madre biológica sólo derechos de visita. Esta resolución se dictó en cuanto al planteamiento del pago del dinero y la renuncia contratada de los derechos materno-filiales.

Vemos así, que la imputación de paternidad en Estados Unidos, lugar donde se han presentado más casos de maternidad sustituta, las resoluciones no se encuentran unificadas, ya que como se carece de normatividad general de un estado a otro cambian, los criterios jurídicos.

En cuanto a México hay carencia total sobre esta práctica ya que sí es realizada no se tiene ningún dato proporcionado.

A nuestro juicio la paternidad y sus controversias trataremos de darle una vertiente en los siguientes puntos de este capítulo, después de haber tratado a la maternidad, que es en la que gira más controversia dada su propia naturaleza.

### **C.- DETERMINACION DE LA MATERNIDAD.**

Determinar a quién corresponde la maternidad, en caso de inseminación artificial de la técnica llamada Maternidad Sustituta, es de gran dificultad, ya que en esta práctica la máxima de mater semper certa est, se mueve en sus cimientos y por lo tanto no podrá imputarse por cuestiones meramente legales, sino que deberá buscarse la ayuda de otras ciencias.

Reiterando los conceptos ya vistos, sabemos que en esta técnica se pueden presentar dos hipótesis:

- I.- Que la madre ("sustituta") se deje inseminar con semen de un hombre casado con otra mujer, y la primera proporcione sus gametos, entregando el producto a su nacimiento al padre genético, para su custodia y su posterior adopción por parte de la esposa de éste.
  
- II.- Que exista una variante de la inseminación In vitro, Inseminando en vidrio los gametos de ambos conyuges, y después sea implantado en vivo en una segunda mujer (sustituta) para que lo gesté y lo entregue a su nacimiento, sin que ella proporcione ninguno de sus elementos genéticos.

Analizando la primera hipótesis y en cuanto a la controversia de la custodia haremos mención al ya citado caso de Baby M, de manera más detallada y viendo el aspecto de maternidad.

En el año de 1985, el Sr William Stern de profesión bioquímico y su esposa Elizabeth, contrataron con Mary Whitehead, para que se prestara esta última como madre sustituta.

Esta mujer fue escogida entre 300 por sus cualidades, y lo realizó como intermediario el Centro de infertilidad de Nueva York.

El contrato estipulaba una paga por gastos médicos muy elevada, sólo por el tiempo de gestación. Dicha cantidad nunca fue recibida por la (sustituta) pero sí por el Centro interventor.(9) Cfr

Se llevó a cabo la Inseminación artificial de la Sra Whitehead con Semen de Sr Stern, procreando una criatura que nació el 27 de Marzo de 1986, la cual fue inscrita como hija por los esposos Whitehead y llevada a su casa. Después de algunos días pasó a los esposos Stern.

A la mañana siguiente la Sra Whitehead consiguió que le devolvieran a la niña, pero al regresar los esposos Stern por ella, la Sra Whitehead se negó a entregarla.

Al siguiente mes los Stern recobraron la custodia de manera temporal de la niña por orden judicial y se le otorgó a la sra Whitehead convivencia con la niña únicamente dos veces por semana, por dos horas mientras se resolvía la controversia. (10) Cfr.

Las razones expuestas fueron:

Los esposos Stern alegaron que la Sra Stern no puede procrear por cuestiones biológicas. A lo que la Sra Whitehead contradijo, afirmando que la razón era que su

preñez obstaculizaba el ejercicio de su profesión.

Se presentaron dos resoluciones distintas a esta controversia, una el 31 de Marzo de 1987 por el Tribunal Inferior y otra el 3 de Febrero de 1988 por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey. Cfr.(11)

Pedro Silva Ruíz, nos dice que el tribunal inferior había resuelto que el contrato de maternidad subrogado era valido diciendo.

\*.....Las partes expresaron sus respectivas ofertas y sus acuerdos fueron escritos. Si las promesas mutuas no fueron suficientes para establecer una consideración válida, entonces ciertamente hubo consideración cuando se dió la concepción. El hombre dió su semen, la mujer dió su óvulo en su esfuerzo planificado por crear un niño. Por ende hay un contrato.\* (12)

El Tribunal Supremo Estatal, revocó la resolución dada, y pronunció la nulidad del contrato porque este converge la legislación y la política pública vigentes, y por lo tanto determinó su inexigibilidad, el juicio seguido fue emitido en base a que uno de los fines del contrato de maternidad subrogada es que por medio de un tercero (agencia) se logre la adopción de un niño, y por lo tanto siempre mediara dinero para realizarlo, y no como se dice aparentemente que el dinero será por servicios personales de la sustituta.

El Tribunal Superior involucró ampliamente a las dos mujeres que intervienen en esta práctica, una la madre biológica (sustituta) y la otra, que físicamente no tiene nada que ver ni con la técnica empieda ni con el documento que se realizó, pero que es esposa del portador del semen.

Este menciona que al renunciar la primera a todos los derechos filiales para otorgárselos a otra, permite ver claramente la finalidad real del documento (contrato) aunque éste no se encuentre plasmado, y con la ausencia en dicho documento de la segunda se pretende evadir un posible argumento de compra de niño por adopción.

También que la renuncia, terminación de los derechos materno-filiales son de interés público y sólo puede llevarse a cabo con los requisitos de ley, y en este caso no se presentó así, pues sólo se busco el bienestar del bebé. (13) Cfr

Se resolvió:

- La madre biológica, es también la legal.
- Se imposibilita la adopción a la Sra Stern, declarando invalida la renuncia de todo derecho materno- filial , a la madre biológica.
- La custodia de la niña es concedida a su padre biológico y por tanto legal.
- Se concedió derecho de visita a la madre biológica.
- El pago de dinero y la renuncia de los derechos materno-filiales fue la base para sustentar estas resoluciones.
- El planteamiento de carácter constitucional, el derecho de procreación, es el derecho a tener hijos naturales a través de relaciones sexuales o por inseminación artificial, pero al entrar otros elementos esenciales otros derechos también entran en juego.

La práctica de la maternidad sustituta nos dice que se debe fincar la maternidad por el vínculo genético y en caso de que en ésta también exista controversia será la

física, ya que es el único lazo natural por el cual puede ser vinculados los derechos filiales a un ser, y la maternidad solamente podrá estar sustentada por una mujer.

## **D.- DETERMINACION DE LA FILIACION**

Tenemos que aquí algunos de los principios jurídicos existentes caen en derrumbe con esta práctica, ya que los tipos de filiación a que hicimos mención en el capítulo primero y su establecimiento no son totalmente equiparables en esta nueva técnica, cabe reiterar que no existe reglamentación unificada a controversias reales sobre filiación y que en estados Unidos de Norteamérica, lugar donde más se han presentado, de estado a estado son muy variadas las resoluciones que se han dado.

El principio más importante que ha permanecido en nuestra legislación como base es el de *mater semper certa est*, pero en esta práctica ya no es factible, ya que con ella se da la presencia de múltiples variantes, madre genética, madre de gestación, madre por registro, madre adoptiva, todo ésto dado el propio concepto ya antes analizado.

En cuanto a la paternidad también es rota nuestra máxima, de la presunción de paternidad porque como ya analizamos si se atendiera esta se daría siempre una paternidad diferente a la genética, dada la propia naturaleza de esta nueva práctica.

En cuanto a las resoluciones que se han emitido se han unificado en algunos aspectos, la filiación materna ha sido otorgada a la madre genética (sustituta) o física en caso de controversia en la anterior, la paternidad ha sido vinculada al padre biológico o genético, éste al aportar su semen y estar plenamente identificado derrumba la posible presunción de paternidad por matrimonio con la madre gestante

. Dada la promesa por parte de la madre sustituta (gestante) la práctica cuando existe controversia en los casos anteriormente citados en la Unión Americana nos muestran que la custodia es otorgada al padre genético permitiendo a la progenitora únicamente derecho de visita.

En cuanto a la esposa del padre (dador del semen) la adecuación de la situación filial es la de aparentar que el hijo nacido de esta nueva práctica es propio, pero ante esa imposibilidad jurídica sólo puede adoptar a ese hijo que ha sido parido por otra mujer.

## **E.-SUJETOS DE DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE GENERA LA FILIACION.**

Quedo sustentado en la relación jurídica que origina toda procreación que la filiación es el vínculo que se establece entre el padre o la madre y el hijo.

De este concepto deducimos que los sujetos de derechos y obligaciones serán los progenitores y el hijo.

Pero con la nueva técnica de inseminación, que hemos tratado en este trabajo, se presenta una gran variante en cuanto a la fijación de establecer la titularidad de ser padres, ya que habitualmente sólo se da la presencia de dos sujetos con derecho a ser padre y madre, y aquí pueden presentarse un numero mayor de sujetos que quieran tener esa calidad.

Recordando la técnica aludida y ya estudiada tenemos que se lleva a cabo por un (contrato) en el cual se estipula que se inseminará a una mujer (madre sustituta) con semen de un varón, el cual se encuentra casado con una mujer distinta a la inseminada; al término de la gestación la madre biológica, entregará el producto a su padre biológico, renunciando a sus derechos, para que su esposa lo adjudique como hijo legal mediante la adopción, como se observa de estos casos, si la madre sustituta y el proveedor del semen fuesen solteros no se originaría problema alguno, sin embargo éstos surgen cuando la gestadora y/o el aportador del semen están ligados en

matrimonio o concubinato con otra persona distinta. En efecto veremos enseguida las hipótesis que pueden darse:

La primera es que únicamente se encuentre unido legalmente a otra persona el portador del semen (padre biológico) y la madre biológica sea soltera. Aquí se da la presencia de cuatro

sujetos titulares de la filiación que son:

- La madre biológica
- El padre genético
- La esposa del padre genético
- El hijo

La segunda hipótesis es que tanto la madre genética como el padre genético se encuentren unidos legalmente a otras personas, aquí entrarían cinco sujetos con posible titularidad de derechos y obligaciones, los cuales son:

- La madre genética o biológica
- El padre genético
- La esposa del padre genético

- El cónyuge de la madre genética

- El hijo

Estableceremos la titularidad de cada uno en esta segunda hipótesis, ya que es la más compleja y abarca a ambas.

**MADRE GENETICA O BIOLOGICA.**- Es la mujer que concibe y da a luz al hijo, es el principal sujeto de derechos y obligaciones, ya que a través de ella se fija la presunción paterna. Su establecimiento resulta de la prueba de que ella dió a luz un determinado hijo, y, que éste después se identifica. Es este momento en que su titularidad queda plasmada para ejercitar cualquier acción y el cumplimiento de sus deberes.

**PADRE GENETICO.**- Es el progenitor consanguíneo del hijo, en esta técnica su intervención radica en la inseminación de sus gametos, se tiene identificado a través del "contrato" celebrado con la madre biológica y en el momento de la concepción se fija como sujeto de derechos y obligaciones, la variante con la práctica normal es que aquí su intervención no es presumible, se tiene establecido y por lo tanto sus obligaciones como titular también.

**ESPOSA DEL PADRE GENETICO.**- Su intervención únicamente radica en estar ligada por matrimonio al padre genético, y querer adjudicarse legalmente, por medio de la adopción al producto.

**CONYUGE DE LA MADRE BIOLOGICA.**- Su intervención radica en estar unido legalmente a la madre (sustituta) sin ser el padre biológico, ya que otro es el portador

del gameto, entra la controversia de si se podría ser el padre legal por haber nacido ese hijo dentro de su matrimonio, como en la práctica normal (Tratado Capítulo I).

**HIJO.-** Es el titular al que recae la mayor parte de los derechos ya sean éstos sobre alimentos, herencia o únicamente para tener su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal.

Ya que se encuentran fijados los sujetos enunciaremos de manera somera los derechos y obligaciones a que se hacen titulares.

Cabe aclarar que con respecto a la práctica ya mencionada prevalecen los principios generales existentes, por lo tanto los derechos y obligaciones serán los mismos, entre los cuales tenemos los de alimentos, el de parentesco, sucesión, la patria potestad entre otros.

Los alimentos se encuentran tratados en el capítulo II del código Civil vigente para el D.F, que nos fija lo siguiente:

Art 308 " Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad: Respecto de los menores comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias."

En relación a lo anterior, vemos que también nos marca que los padres se encuentran con la obligación de darle alimentos a sus hijos. Si éstos estuvieran imposibilitados serán los ascendientes.

El hijo a su vez también tiene esa obligación y a falta de posibilidad serán los demás descendientes.

El parentesco es otro derecho-obligación el cual se fija para sustentar otros derechos y obligaciones, tales como alimentos, herencia etc.

La patria potestad se encuentra marcada en el Título Octavo Capítulo I de nuestra legislación positiva, de la que concluiríamos.

- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad.
- La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes.
- A las personas que tienen un hijo bajo su patria potestad tienen la obligación de educarlo convenientemente.
- Los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen el derecho de corregirlo y la obligación de observar una conducta que sirva de ejemplo.
- Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen.

La sucesión es otro derecho-obligación, que tienen los sujetos, y tenemos que:

- Existen dos clases de sucesiones, testamentaria y legítima.
- En la primera el progenitor o el hijo mayor de edad pueden dejar plenamente asentado a quien dejan sus bienes.
- La segunda se presenta cuando no hay disposición de los bienes.

- **A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren derecho a la masa hereditaria como patrimonio común, mientras no se hace la división.**

## **F.- POSIBLES DAÑOS.**

Creemos que esta nueva técnica al efectuarse en búsqueda de solucionar el problema de la imposibilidad de procreación, logre más perjuicio que beneficio a las partes que lo realizan.

En efecto tal y como lo dejamos asentado con antelación existen dos sujetos que directamente pueden ser afectados, estos son los activos (padres) y los pasivos (hijos). Tratarémos en seguida cómo y en qué grado les va a afectar la práctica de esta técnica nueva de la gestación.

### **F.1 A LOS PADRES**

En el punto anterior hemos dicho quienes son los sujetos, que intervienen y quedan ligados con la nueva técnica de procreación que aquí hemos estudiado, es decir la madre natural o gestadora, el padre natural o dador de sus gametos, la esposa del portador del semen que pretende adoptar el ser gestado en vientre ajeno, por último el esposo legal de la madre natural o gestante, sin contar al hijo nacido de esta técnica ya que su posición será citada en el siguiente punto, trataremos pues, primeramente el daño que puede acarrearles la práctica de la "maternidad sustituta", en las personas que ocupan el primer plano es este tipo de gestación y que son los presuntos padres, consideramos que como se ha mencionado con anterioridad cuando se presenta

controversia por la no entrega del producto es cuando existe una potencialidad mayor de daños.

El daño que puede causarse a la mujer gestadora (sustituta) es que aún si ella se negare a entregar al bebé a su nacimiento al padre biológico y éste último entablara acción para que se diera cumplimiento forzoso de lo pactado, no tiene la seguridad de que la custodia de su bebé será dado a ella.

En México no existe reglamentación que prevea esta hipótesis, pero en relación a custodia por existir una demanda de divorcio, el artículo 282, fracción VI del Código Civil para el Distrito Federal nos dice lo siguiente:

"Art. 282.- Al admitirse la demanda de divorcio, o antes si hubiere urgencia, se dictarán provisionalmente y sólo mientras dure el juicio, las disposiciones siguientes:

VI.- Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de éstos. En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona cuyo en poder deben quedar provisionalmente los hijos: El juez previo el procedimiento que fije el código respectivo resolverá lo conducente.

Salvo peligro para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre."

Vemos que en nuestro país la custodia en caso de controversia es otorgada a la madre, si ésta significa una persona apta, y será hasta los siete años como lo cita el mencionado precepto, pero aquí entra el siguiente cuestionamiento ¿ Podría pensar el Juez familiar que existe peligro para el normal desarrollo del bebé, dada la circunstancia

de concepción y la firma de un contrato para entregarlo, y negarle a la madre gestadora la custodia?

En Estados Unidos de Norteamérica la resolución que se ha dado a los casos presentados ha sido en contra de la madre "sustituta" otorgándole la patria potestad pero negándole la custodia, ésta última es dada al padre biológico.

Por otra parte, respecto a los daños morales, algunos expertos psicólogos dicen que se presentan grandes traumas emocionales de desprendimiento del bebé y aun del método de concepción empleada.

En cuanto al padre biológico, los posibles daños que pueden presentarse son, en el caso de que la madre biológica se negara a la entrega del bebé como se tenía "contratado" se daría un hijo fuera de su matrimonio existente y por lo tanto con una filiación natural.

Por otro lado se encuentra imposibilitado en obligar al cumplimiento forzoso del contrato, aquí entraría desde el momento de la concepción, no puede obligar ni vigilar las conductas prenatales de la mujer en que se realiza la inseminación, ni saber si a consecuencia o no de éste se pueda presentar el nacimiento de un hijo sano, por lo tanto aquí surgen las siguientes dudas:

¿Qué pasaría si nace un hijo con malformaciones físicas o mentales ?

¿Qué pasa, si ambos padres lo rechazan jurídicamente?

¿A quién corresponde la filiación de éste?

¿Hasta dónde es posible el cumplimiento o no de lo pactado ?

¿Dónde entraría la presunta responsabilidad de ambos?

¿Si se probare que las deficiencias físicas fueren presentadas por la negligencia de la madre, el padre podrá optar por rechazarlo o quedárselo? Cfr (14)

En la actualidad y en nuestra legislación no existen respuestas ciertas para estas hipótesis, pero consideramos que la ley deberá vigilar el beneficio del producto y por lo tanto, las respuestas deberán ser en favor de su seguridad jurídica . No deberá de eximir al hijo de ninguno de sus progenitores genéticos, aún cuando existiera responsabilidad física de alguno de ellos.

Por otro lado en relación al contrato su calidad de válido o inválido entra en gran controversia, la mayoría de los países han desarrollado planteamientos jurídicos de invalidez del contrato por contravenir al orden público y algunas han optado por su prohibición y su tipificación como delito.

También hemos expuesto que se estipula el pago de x cantidad por el tiempo de gestación, partiendo de la hipótesis de que si dicha cantidad ha sido entregada a la mujer que se ha inseminado, pero una vez nacido el producto no quisiera entregarlo a su padre genético que pasaría, ¿Se devuelve el dinero aún cuando se trate de su hijo biológicamente o bien debe sufrir el detrimento económico por ello?

¿Qué puede reclamarle jurídicamente?

En relación con ésto tenemos que una de las cláusulas del contrato celebrado sobre el caso del Baby M que nos menciona P. Silva R, nos marca:

"Que la consideración por este convenio, que es compensación por los servicios y gastos y de ninguna forma debe ser interpretado como honorarios, por la renuncia de derechos paterno-filiales o pago a su cambio de la entrega de la criatura consintiendo su adopción." (15)

El alto Tribunal al resolver esta controversia mencionó que uno de los fines del contrato de maternidad sustituta es lograr la adopción de un niño, y que por lo tanto la intención de la suma aportada es para lograrlo y no por servicios personales para la inseminada. Por otro lado la no intervención de la esposa en el contrato facilita la adopción del hijo de su esposo y se transparenta el fin del contrato, la compra de un niño. Cfr (16)

Por nuestra parte opinamos , que el sentido económico prevalece en esta técnica ya que lo que se estipula en dinero a otorgar rebasa lo que se puede utilizar por atención medica y gastos para la mujer inseminada, y si se da la presencia de una agencia o intermediario también se deberá pagar por su prestación profesional, por lo tanto el padre genético, a nuestro juicio debe exigir , en caso de controversia filial se le devuelva dinero hasta el monto realmente ocupado por la madre genética para la gestación y alumbramiento de su hijo, y en caso de que se presentaran gastos excesivos por ello, deberá sólo por el simple riesgo, sufrir el detrimento económico. También en caso de controversia exigir al intermediario devolución de su dinero o petición por mal manejo de gestión.

Otro de los cuestionamiento se presentaría atendiendo a la finalidad de esta técnica, que es la de proporcionarle a la pareja infértil un hijo, siempre y cuando el padre

produzca espermatozoides sanos y su mujer por alguna causa no pueda procrear, de esta presunción se presenta así el siguiente cuestionamiento:

¿Tendría la madre (sustituta) acción para quitarle la patria potestad al padre genético, si prueba que su esposa es realmente fértil?

El citado caso de Baby M y otros presentados en la Unión Americana nos muestran que existe gran dificultad para eximir de los derechos filiales al padre genético, si se da la existencia del contrato. Cfr (17)

En relación al daño que se le puede causar a la esposa del padre genético vemos que únicamente sería como pareja y de manera moral, ya que por un lado no es parte en el contrato, ni tampoco interviene genéticamente, por lo tanto si se presentare el arrepentimiento de la madre (sustituta) para renunciar a los derechos filiales ésta quedaría fuera de toda posible intervención, ya que su finalidad es adoptar al hijo de su esposo.

Habíamos hecho mención que la madre (sustituta) puede encontrarse casada o no, y si su estado civil fuese casada también se podrían presentar daños potenciales a su esposo, entre los cuales podríamos citar, que se le tratará de adjudicar un hijo que no fuese suyo, en el caso de que el padre genético rechazara a su hijo, ya sea por malformaciones o simplemente por arrepentimiento, esto podría hacerse sólo por la presunción legal de ese producto nació dentro de su matrimonio o a la inversa que éste pretendiera ser el padre legal sólo porque nació dentro de su matrimonio aunque biológicamente no tengan ningún lazo de unión, y se le otorgara la filiación al portador del gameto.

Creemos que aquí la presunción de paternidad se rompe, porque como hemos analizado el padre se encuentra plenamente identificado por la existencia de un contrato y la aportación de sus genes, opinamos que con esto se rompería la posibilidad del esposo de la madre sustituta de adjudicarse el hijo como suyo, y a la inversa si éste quisiera probar que no es su hijo, el contrato y la aportación de sus gametos le servirían como prueba.

Por otra parte podría presentarse la hipótesis de que su mujer ejercitara la nueva práctica sin su consentimiento y por lo tanto entra la duda ¿Podría él, ejercitar la acción de divorcio por adulterio o por injurias? ¿Tendría él algún derecho sobre el producto? Cfr (18)

Creemos que si su consentimiento no se presentara por escrito pero si existieran presunciones tales que podría asegurarse su consentimiento tácito no podría ejercitar el divorcio por ninguna causal.

Pero en el caso de que éste no estuviera enterado, creemos que podría presentar la acción de divorcio, pero no por la causal de adulterio ,ya que éste se presenta por la relación sexual con otra persona distinta de su sexo que no sea su cónyuge, y en esta técnica no hay que olvidar que la concepción se da por inseminación artificial nunca interviene el acceso carnal.

A nuestro juicio creemos que sí podría proceder por la causal de sevicia o injurias graves.

Quedaría sólo un cuestionamiento a resolver , si naciera el producto con anomalías físicas y fuese imputable a los médicos ¿a quién correspondería la causa de acción por mala práctica médica al realizar la inseminación artificial?

Creemos que tendrían derecho a ejercitar acción el padre, la madre y la institución intermediaria en caso de su existencia. Cfr (19)

En relación con la estructura sociofamiliar algunos estudiosos opinan que se altera la célula familiar como grupo organizativo, y por lo tanto se cambian diversas facetas naturales de la vida, modificando con ello la sociedad del futuro.

## **F.2 A LOS HIJOS**

El producto que se dé a esta técnica es sin duda el que más posibilidad de daño puede tener.

Existe la convicción biológica que desde el momento de la concepción el feto, siente y por lo tanto desarrolla diversas sensaciones, la primera y la más importante es el lazo afectivo que se establece durante nueve meses con la madre, el rompimiento de dicho lazo conlleva un trauma emocional desde el nacimiento. Cfr (20)

Desde el punto de vista jurídico tenemos que la práctica, se lleva a cabo estipulando cláusulas que controla las conductas prenatales de la madre genética , pero en caso de que éstas sean alteradas por negligencia de la progenitora puede darse un producto con deficiencias físicas.

La situación filial del hijo nacido de esta nueva práctica, si presenta controversia, es decir puede resultar incierta ya que como hemos analizado en el presente trabajo puede llegar a presentarse hasta cuatro sujetos a que presuntamente tengan la titularidad como padres.

Por otra parte en los casos que hemos presentado vemos que cuando se da conflicto de intereses se ha resuelto dando la patria potestad a ambos progenitores y la custodia al padre genético, es así que el hijo si se resolviera así tendría una filiación natural y por lo tanto ambos padres estarán casados con persona distinta.

También partiendo de la hipótesis de que la práctica no se presentare controversia, y fuese entregado el hijo por la madre sustituta renunciando a sus derechos filiales para que posteriormente la esposa del padre genético lo adoptare, se presenta los siguientes cuestionamientos:

¿Podría el hijo tener derecho a conocer sus raíces genéticas? ¿Podría ejercer la acción de investigación de la maternidad o estaría vedado de ese derecho dada la característica de su nacimiento?

Creemos que si se negara el derecho a conocer sus raíces y esta práctica no se llevara con orden y restricción podría presentarse en un futuro un desorden genético, ya que podrían encontrar en varios sujetos lazos consanguíneos, y éstos unirse legalmente en matrimonio, sin tener conocimiento de ello Cfr (21)

## **G.- NECESIDAD DE REGLAMENTACION.**

El derecho se encarga de permitir o prohibir conductas, ya que el fin de aceptarlas o no es lograr el bien común.

El avance científico no se detiene, y es muchas de las veces el que se encarga de cambios en nuestra estructura legal.

Esta nueva técnica de la inseminación artificial, que trata el cuerpo del presente trabajo trae rupturas de viejos cimientos, pero debemos de estar concientes que desde que exista esta posibilidad, el derecho no debe dejar ésta brecha, existe pues la necesidad de reglamentar, pero siempre pensando en las hipótesis que puedan plantearse y sus mejores soluciones y ante todo, como lo hemos expresado el bien común.

Algunos autores como Garcia Estebarez y Francisco Lledo Y, opinan que su regulación debe hacerse desde su cultura y su naturaleza , y que ésta última tiene sus propias reglas en las que no se puede intervenir, opinan que el tratar de lograr una manipulación genética se puede desestabilizar esa armonía natural y por consiguiente una exhibición de magisterio y dominio del hombre, éste se deberá realizar únicamente para lograr correcciones de anomalías o malformaciones congénitas. Cfr( 22).

Por su parte Antonio Cuerda R, haciendo un análisis de los límites de las nuevas técnicas genéticas, al respecto de ésta nos dice: "Fuera de los objetivos de pura investigación, sometida a estrictos casos, no se deben permitir estas intervenciones

que afectan a la herencia humana. La incertidumbre que originan aconseja por lo tanto su prohibición, aunque tal vez no sea conveniente su configuración como delito. Dado que se trata de un técnica residual y en principio poco frecuente, su presencia en el código penal podría causar cierta hilaridad. Bastaría, creo con la imposición de una fuerte sanción administrativa. (23)

Por su parte el Vaticano exhortó a los legisladores, a que se prohíba tajantemente esta práctica, esto se ha hecho de diferentes formas y en conferencias, documentos, papeles, etc. Se pidió en un documento al gobierno de Estados Unidos de Norteamérica, que prohíba cualquier práctica o elemento que estén en relación a cualquier técnica de fertilización artificial.

Por su parte Estados Unidos no está del todo convencido de prohibir tajantemente esta práctica, diversos estados dicen que la práctica va contra el orden público y otros aclaran que podría prohibir este sistema de madres sustitutas y que esto no funcionaría, también se ha pensado en reglamentar dando un término de tolerancia a las madres para determinar claramente si se quedarán con el bebé o lo entregarán.

Lo que si se encuentra prohibido en la mayoría de los estados de la Unión Americana, es la entrega de dinero u otros bienes materiales por la adopción de menores.

Silva R. Ruiz con relación a la validez o no del contrato y sus posibles consecuencias filiales hace un análisis jurídico que a continuación vertimos:

\* En Kentucky, el Procurador General emitió una opinión, enero de 1981, en la cual sostenía que los contratos de maternidad subrogada son ilegales y, por consiguiente, inexibles en ese Estado. Fundamentó su opinión en la política pública estatal contraria

al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor para su adopción ("baby buying") y, además, en una ley que prohibía consentir a la adopción antes del nacimiento de la criatura.

El Procurador General del estado de Kansas sostuvo, en una opinión de julio de 1982, una posición muy similar a la de su colega de Kentucky, precedente indicada.

En los Estados Unidos la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar legislación especial que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada, pues, tal parece, que se trata más de un "acuerdo de caballeros" que de un contrato.

Varios proyectos de la ley se han presentado, pero, que conozcamos, ninguno ha sido aprobado aún. La legislación estatal vigente sobre inseminación artificial no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

#### Reino Unido de Gran Bretaña.

El informe Warnock recomendó: a) aprobar legislación que sancione criminalmente la creación o el funcionamiento de establecimientos comerciales que recluten mujeres para servir de madres suplentes o convengan realizar contratos de maternidad subrogada; b) aprobar legislación que declare ilegal todo convenio de maternidad subrogada y, por consiguiente, inexigible en los tribunales.

La legislación reciente aprobada en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte prohíbe, castigando como ofensa penal, la publicidad y la gestión comercial encaminada a fomentar y ayudar que se convenga un acuerdo o contrato de maternidad subrogada.

En A vs C, el único caso inglés sobre contrato de maternidad subrogada que ha sido informado en los correspondientes repertorios de jurisprudencia, el mismo fue declarado nulo por un tribunal competente.

#### Francia

El Comité National d Ethique ha rechazado la maternidad subrogada. Ha recomendado que se modifique la legislación vigente para dar cabida a la misma.

#### Canadá.

Por entender que el contrato de maternidad subrogada conlleva el alquiler de las funciones y de los servicios reproductivos de una mujer, se duda si el objeto del mismo es válido de conformidad con el Derecho Civil de Quebec. Además, la procreación de un niño del que, al nacer, se renuncia a su patria potestad se considera claramente contrario al orden público.

#### Australia

El Estado de Victoria es el único de aquel país que ha legislado disponiendo la nulidad de un contrato de maternidad subrogada. Es, además, delito castigado mediante la imposición de multa o cárcel el dar, recibir o convenir, pago por ayudar a que se realice un contrato de maternidad subrogada o contraer el mismo.

## Holanda

Se estima que el contrato que estudiamos es nulo debido a causa ilícita del mismo. Si media el pago de dinero, entonces es contrario al orden público y a la moral."(24)

Por nuestra parte creemos que la prohibición y la constitución de delito de esta técnica en nuestro país es exagerada, ya que si existen casos no se tienen establecidos alguna controversia jurídica, pero no por esa razón México debe quedar fuera de estos planteamientos inmediatamente futuros y de pensar en su posible legislación, opinamos que por el momento si se diera controversia jurídica presentandose conflicto de intereses en donde mediara esta práctica de inseminación artificial mal llamada "maternidad sustituta" y se llevara a cabo por medio de un contrato éste debería calificarse de nulo.

La paternidad en esta misma hipótesis creemos se deberá otorgar al padre genético prevaleciendo sobre la paternidad presumible ya que en este caso se tiene plenamente identificado. La custodia opinamos que debería entregarse al padre genético dada la particularidad del caso y la obligatoriedad y deseo de la madre de renunciar a sus derechos maternos filiales dentro del contrato

Creemos sin embargo que es necesario introducir un artículo en el cual se establezca que madre es aquella que concibe y da a luz a su hijo, esto con la finalidad de fijar el vínculo materno en caso de controversia filial o por multiplicidad de maternidad. (aportación del gameto de una mujer implantado en otra).

Fijar la prohibición expresa de cambio de dinero por la realización de esta o cualquier otra técnica de inseminación artificial, a cualquiera de las partes que intervengan en estas nuevas técnicas.

## BIBLIOGRAFIA

- 1) Silva Ruiz Pedro F. El contrato de Maternidad Sustituta o Suplente o Subrogada. La maternidad de Alquiler. Revista Judicial. Costa Rica. Año XII, núm 42, marzo 1988, pag 140,141,142.
- 2) Ob Cit. pag 141.
- 3) Ob Cit. pag 140.
- 4) Cfr Ob Cit. pag 142.
- 5) Cfr Ob Cit pag 147.
- 6) Sánchez Vázquez Lizette. La Concepción Mediante la Inseminación Artificial y sus efectos en el Derecho de Familia. Revista de Derecho Puertorriqueño. Escuela de Derecho, Universidad Católica de Puerto Rico Ponce, Num 102, Feb 1988. Año XXVII, pags 242, 243.
- 7) Cfr. Lledo Yague Francisco, Breve Discurso sobre Bioética y Derecho. La revolución biogenética versus situación familiar. revista Estudios de Deusto, universidad de Deusto, Bilbao. jul-Dic 1986, 2a Epoca, Volumen 34/2. España. pags 344, 345.
- 8) Cfr P.S.R. Ob Cit, pags 245, 246,247.
- 9) Silva Ruiz pedro, Baby M y el Contrato de Maternidad Subrogada o suplente. Boletín de Información. Año XLII, 15 Sep 1988. No 1503. pags 38898,3899.
- 10) Cfr Ob Cit pag 3898.
- 11) Ob Cit. pag 3900.
- 12) Cfr Ob Cit pag 3900
- 13) Ob Cit. pag 3899.

- 14) Cfr. Cuerda Riezu Antonio. Límites jurídico penales de las nuevas técnicas genéticas. Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLJ fascículo II, Mayo Agosto 88. Ministerio de Justicia, pags 425, 426.
- 15) Ob Cit. Pedro S. Ruiz.
- 16) Ob Cit. Pedro S. Ruiz
- 17) Ob Cit. Pedro S. Ruiz.
- 18) Cfr. Marsha Garrison. Subrogate Parelim. What Should Legislatures Do ¿. Revista Family. Law Quartely Volumen XXII, Number 2, Summe 1988. pag 165, 166.
- 19) Cfr Sánchez V. Ob Cit pags 244, 245.
- 20) Cfr Sánchez V Ob Cit pag 246
- 21) Cfr Marxha Ob Cit pags 168, 169.
- 22) Cfr Lledo Y. Ob Cit pag 346
- 23) Cfr Cuerda R. Ob Cit pag 426.
- 24) Cfr Cuerda R. Ob Cit pag 426.

## CONCLUSIONES

1.- La filiación en materia jurídica es la relación que existe entre el padre o la madre y el hijo.

2.- Existen diversas clases de filiación, pero nuestro derecho civil protege de igual manera a los hijos legítimos que a los naturales reconocidos.

3.- La filiación extramatrimonial será fijada por reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad, ésta última se encuentra sumamente restringida por nuestro derecho, ya que las pruebas parte de meras presunciones.

4.- El hijo tiene derecho de ejercitar acción de investigación de la maternidad, con la excepción de que se le pretenda atribuir un hijo a una mujer casada, con lo cual no estamos de acuerdo ya que a nuestro juicio, esta acción no debería tener restricción alguna.

5.- Las acciones de paternidad y maternidad están limitadas a accionarse en vida de los padres, o si estos hubiesen fallecido en la minoría de edad, sólo hasta cuatro años después de su mayoría de edad el hijo podrá ejercitarla.

6.- La acción de investigación puede ejercitarse por el hijo o sus descendientes, erróneamente no se marca, en el tiempo y la forma.

7.- La creación de nuevas formas de procreación han sido llevadas por la ausencia de concepción y por lo tanto, la presencia de la esterilidad.

8.- Existen diversos métodos de inseminación artificial los cuales son:

a) Fertilización in vitro.

Homóloga

b) Fecundación artificial

Heteróloga

Mixta

c) Maternidad Sustituta

9.- La fecundación artificial in vitro presenta problemas en fijar la filiación en el caso de intervención de gametos diferentes a los de los cónyuges.

10.-La fecundación artificial homóloga no presenta problemas en cuanto a filiación, ya que los gametos utilizados son los cónyuges, y por lo tanto el hijo nacido será equiparado al legítimo.

11.- La fecundación artificial heteróloga y la mixta son la misma, sólo que en esta última se hace creer al conyuge de la mujer inseminada que su gameto es convalidado con el de otro.

12.- La fecundación artificial heterologa presenta problematica en materia filial , cuando no ha mediado consentimiento del conyuge de la mujer inseminada.

13.- En cuanto a la confidencialidad del donador, creemos que este debe permanecer en el anonimato, pero sólo en casos excepcionales y que el hijo lo solicite podrá ser proporcionada información de su expediente médico sin revelar la identidad del donador.

14.- La inseminación de la mujer soltera nos parece un caso patológico y que no debería ser permitido, ya que esto sólo debe ser una opción para remediar la infertilidad de pareja, si la mujer presenta rechazo al hombre por lo tanto puede rechazar al hijo hombre que le nazca.

15.- La maternidad sustituta o subrogada es la técnica a través de la cual se contrata a una mujer fértil para que sea inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado con distinta mujer, para que al nacimiento del producto lo entregue al padre biológico, renunciando a sus derechos filiales para que la esposa de este último lo adopte.

16.- El término empleado de "Madre Sustituta" nos parece incorrecto, ya que a la que se le atribuye es la que realiza totalmente las funciones de gestación y aporta en muchas de las veces sus gametos. A nuestro juicio el término empleado debería ser mujer inseminada.

17.- La imputación de paternidad en esta técnica, es distinta a la presunción normalmente ocupada, ya que aquí, el portador del gameto no se encuentra en el anonimato y por lo tanto se fija esta filiación por el lazo biológico o consanguíneo.

18.- La determinación de la maternidad en esta técnica, es llevada a cabo por el lazo consanguíneo o genético.

19.- En nuestro derecho la madre tiene preferencia en cuanto la custodia del menor de 7 años, creemos que puede sufrir una alteración en el caso de que se presentara controversia en la técnica de maternidad sustituta, otorgandosela al padre biológico, tal y como se ha resuelto por los tribunales de los E.U.

20.- Uno de los fines de esta técnica es lograr la adopción de un niño y por lo tanto el pago elevado que se hace no es por servicios personales para la mujer inseminada, sino para la compra de un niño.

21.- La ausencia de la esposa del padre biológico en el documento, facilita la adopción del hijo nacido de esta técnica, pero al mismo tiempo hace visible la intención misma del contrato.

22.- El hijo nacido de esta nueva práctica de inseminación artificial es el que puede llevar mas perjuicio, ya que si media controversia su situación filial puede resultar incierta, y sino existiera problematica quiza podría vedarse su derecho a conocer sus raíces genéticas.

23.- La naturaleza tiene sus propias reglas y al tratar de lograr una manipulación se podría desestabilizar la armonía natural. Si se diera esta práctica sin orden y restricción en un futuro se presentaría un desorden genético.

24.- Debe emplearse esta técnicas únicamente para objetivos de investigación o para lograr correcciones de anomalías o malformaciones congénitas.

25.- Creemos que su tipificación como delito puede resultar exagerada en México, pero dada la futura posibilidad de utilización deberá pensarse y planearse una legislación que sirva de base para solucionar los problemas legales que puedan presentarse.

26.- En el caso de presentarse un contrato de esta naturaleza catalogarlo de nulo, por contravenir al orden público y a los intereses jurídicos del producto nacido de esta técnica.

27.- Creemos sin duda que debe anexarse un artículo que es acorde a la legislación filial y que puede solucionar grandes males en toda el área de inseminación artificial, en el que diga que madre es aquella que concibe y da a luz a su hijo, al igual que legislaciones como Holanda y Puerto Rico.

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL.**

Alonso Hinojal, Isidoro. La Crisis de la Institución Familiar.

Bonnecase Julián. Elementos de Derecho Civil, Tomo I.

Castan Tobeña José, Derecho Civil Español Común y Foral Tomo III. Derecho de Familia.

Cicu Antonio, La filiación, Revista de Derecho privado.

Cuerda Riezu Antonio. Límites jurídico-penales de las nuevas técnicas genéticas.

Demolombe C, Cours de Code Napoléon, Vol V Fraite de la Paternité et de la Filiation.

Diego y Gutiérrez Clemente Felipe De, Dictámenes Jurídicos. Familia Tomo I.

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española.

Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas.

Enciclopedia Jurídica Omeba .

Galindo Garfias Ignacio, Primer Curso de Derecho Civil.

Gatl, Hugo E. La Familia y la técnica actual.

Ginecología y Obstetricia de México. I. M. S. S.

Ibarrola Antonio De, Derecho de Familia.

Lledo Yague Francisco. Breve Discurso sobre Bioética y Derecho. La revolución biogenética versus situación familiar.

Marcel Planiol, Tratado elemental de Derecho Civil.

Marsha Garrison. Subrogate Paretim. What Should Legislatures Do?

Mateo Acosta, Oscar. Fertilización In vitro. revista Médica Cuba.

Mazeud, Henri y León, lecciones de Derecho Civil.

Montero Duhalt, Sara, derecho de Familia.

Raandolp Lee Claark, Russell W. Comley. El libro de la Salud. Enciclopedia Medica.

Reviste Morafia, Aspecto Científico y técnico de la Inseminación y la Fecundación In vitro.

Ripert, Georges y Boulange. El Estado de las personas.

Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II.

-- Compendio de derecho Civil, Tomo I.

Silva Ruiz Pedro. El derecho de Familia y la Inseminación Artificial, In vitro e In vivo.

-- Baby M y el Contrato de Maternidad Subrogada o suplente.

-- El Contrato de maternidad Sustituta, suplente o subrogada

Sanchez Vazquez Lizette. Revista de Derecho. La concepción Mediante la inseminación Artificial y sus efectos en el Derecho de Familia.

Uteha. La Salud, Tomo XII.

Zanoni Eduardo A. Inseminación Artificial y Fecundaciones Extrauterinas.

Ordenamientos Jurídicos

-- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

-- Código Civil para el Distrito Federal.

-- Código Penal para el Distrito Federal.