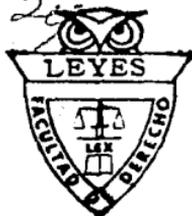




199
20

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**PERSPECTIVAS JURIDICAS DE LA CONCEPCION
ARTIFICIAL HUMANA
PROYECTO DE ADICIONES AL CODIGO CIVIL**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL CHAVEZ CORDOBA**

ASESORA DE TESIS: DRA. MA. LEOBA CASTAÑEDA RIVAS

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.,

MARZO DE 1992

FALLA DE ORIGEN



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.

INTRODUCCION

Las técnicas de concepción artificial, son una serie de procedimientos científicos empleados en la terapéutica médica y en la investigación científica sobre la reproducción humana. Si bien su práctica no se ha generalizado en nuestra sociedad, los conflictos de filiación que suscitan justifican por sí mismos la necesidad de una regulación jurídica -- que oriente su ejecución y regule sus consecuencias legales.

En el desarrollo de este trabajo de investigación, nuestra posición se fundamenta en dos principios fundamentales:

1. La supremacía del interés y el bienestar de los hijos sobre cualquier otra persona, sean de padres genéticos, sociales o donadores.
2. La verdad y transparencia sobre las particularidades que rodean la concepción, gestación y parto de un nuevo ser habido con el auxilio de alguno de los métodos de concepción artificial.

Para apoyar científicamente este trabajo, seguimos la sistemática siguiente:

El capítulo primero, integra un marco de referencia de términos y conceptos cuyo conocimiento es necesario para la comprensión integral de este apasionante tema. Esbozamos -- brevemente el proceso biológico de la reproducción humana; -- abordamos los conceptos de esterilidad, infertilidad y fecundación; dentro de las técnicas de concepción artificial defi

nimos la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la fecundación extracorpórea "in vitro", la transferencia intratubaria de gametos y la transferencia de embriones. Introducimos el tema de ingeniería genética para hablar de la clonación humana, ya que personas mal informadas la confunden con las técnicas de concepción artificial.

El capítulo segundo, parte medular de nuestra investigación, tiene el objetivo principal de analizar las repercusiones civiles de estas revolucionarias técnicas. Se identifica y limita el conflicto legal, de su utilización, así como sus causas y dimensiones. De los siete temas tratados, los más sobresalientes son tres: Personas por nacer, filiación y el contrato de maternidad subrogada; en cada uno de ellos, manifestamos y defendemos nuestra posición ideológica.

En el capítulo tercero, titulado "Concepción artificial, un análisis a la luz del tridimensionalismo jurídico", las técnicas de concepción artificial son estudiadas como una experiencia jurídica en sus tres elementos, factores o momentos: Hecho, Valor y Norma. Lo que nos proporciona un enfoque distinto y ofrece otras perspectivas del conflicto.

Se estudia la esterilidad como problema de salud pública en nuestro país, y la frecuencia con que se practican estas técnicas en la población civil.

El valor, es el elemento de medición que permite la relación entre sujeto y objeto, reproducimos los argumentos, - en pro y en contra, emitidos sobre las técnicas de concepción artificial.

La norma jurídica es la síntesis del valor vinculado al hecho por fiscalizar. Abordamos brevemente las disposiciones legales del Derecho mexicano vigente, que hacen referencia, directa o indirectamente, con nuestro tema. De ellas, -

Las más importantes son las de la Ley General de Salud.

En el capítulo cuarto, analizamos algunos proyectos de ley y disposiciones jurídicas en otros países relacionados con las técnicas de concepción artificial. Encontramos que la doctrina italiana es la más pródiga, se distingue por crear la figura de la 'adopción prenatal'. Finalmente, formulamos las perspectivas jurídicas de estas controvertidas técnicas.

El capítulo quinto, es la parte culminante de este trabajo de investigación, y que resume nuestra posición ideológica, manifestada y reafirmada en toda nuestra tesis.

Si bien, cuestionamos el temor y la tibieza con que algunos estudiosos del Derecho abordan estos temas, debemos -- aportar ideas y formular alternativas. Por lo tanto, con -- nuestra propuesta de adiciones y reformas al Código Civil para el Distrito Federal, pretendemos que la presente investigación, no sea un mero estudio bibliográfico, sino que contenga elementos para resolver la problemática planteada, la cual es una alternativa de solución basada en el conocimiento, el estudio y la reflexión, para beneficio de la sociedad.

CAPITULO PRIMERO

I. BIOLOGIA DE LA REPRODUCCION HUMANA

II. EVOLUCION DE LA REPRODUCCION HUMANA

III. METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL

A) Inseminación artificial

1. Homóloga
2. Heteróloga
3. Combinada o mixta

B) Fecundación extracorpórea 'in vitro'

1. Forma ortodoxa
2. Forma heterodoxa
3. Tipos de madre según los genes del óvulo y del útero gestante

C) Transferencia intratubaria de gametos

D) Transferencia de embriones

1. Embrión de flujo; la vage

IV. INGENIERIA GENETICA

A) Hombre clonal

B) Eugenesia

El proceso cognoscitivo de cualquier fenómeno social o biológico, conlleva una ideología, una forma de asimilar y manejar información. El mismo objeto de estudio, se puede analizar con diferentes perspectivas. Estos diversos enfoques tienen un elemento constante y común, un lenguaje especial y privativo de cada ciencia.

Nuestra tesis de licenciatura, es de jurista. Sostenemos la insuficiencia del sistema jurídico mexicano para regular los métodos de concepción artificial. Con esta visión, es incuestionable la incidencia de los acontecimientos sociales en la génesis del Derecho. Si nos limitamos en forma exclusiva a conceptos jurídicos nuestro estudio resultará insuficiente y mutilado. Por lo tanto, debemos partir de una base, de un marco de nociones principalmente de la biología y de la medicina cuyo conocimiento es necesario para una comprensión integral del tema.

Estamos convencidos, de que uno de los principales obstáculos presentados al legislador nacional es la ignorancia de estas técnicas y procedimientos, así como de los conceptos básicos en ellas implicados.

Somos conscientes de los dinámicos avances en los campos del saber humano y de la profunda especialización surgida en cada ciencia. Si pretendemos que todo legislador o estudioso del Derecho sea perito del fenómeno social por estudiar o fiscalizar, llegamos a una posición inoperante. Sin embargo, es un requisito manejar un mínimo de esas nociones. Los trabajos e investigaciones interdisciplinarias son la solución inmejorable.

El presente capítulo, tiene como finalidad, integrar un marco teórico de conocimientos e ideas obligados para quienes pretendan abordar estos temas. A partir de ellos simentamos el desarrollo de este trabajo y en forma indirecta son la justificación de nuestra propuesta, para basarla en el estudio y la reflexión.

I. BIOLOGÍA DE LA REPRODUCCION HUMANA

"El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por virtud del cual dos células muy especializadas, el espermatozoo del varón y el oocito de la mujer se unen y dan origen a un nuevo organismo."¹

De esta forma, la ovogénesis, es el término empleado en embriología para designar la serie de diferenciaciones y divisiones que sufren las células germinales primarias femeninas para llegar a convertirse en oocitos u óvulos maduros. Es un período prolongado, se inicia en la etapa embrionaria, se suspende con el nacimiento y se reanuda en la pubertad. Este lapso de reposo, se conoce con el nombre de 'dictioteno'. En el ovario, cuando el folículo ha madurado, se reanuda la primera división celular. Al ocurrir la ovulación, con la expulsión del oocito se suspende la segunda partición celular, la cual sólo llegará a su culminación si el óvulo es fecundado. De lo contrario, degenerará en 24 horas después de la ovulación.²

Por lo que se refiere a su número, diremos lo siguiente:

Al quinto mes de vida intrauterina alcanza su máximo con 6 000 000 de oocitos, iniciándose de inmediato su degeneración. Se calcula que la recién nacida tiene de 2 000 000 a 70 000 oocitos primarios. Al inicio de la pubertad, existen 40 000 y se calcula que una mujer llega a tener 450 ovulaciones durante su vida reproductiva, por lo tanto, sólo una mínima de óvulos llegan a madurar. Esto significa una pérdida casi total de las células germinativas.³

1 Langman Jan, Embriología Médica, 3a. edición, Traducción de Vera -- Treviño Homero, Ed. Interamerican, México, D.F., 1976, p. 3.

2 Ibid. pp. 8 a 11.

3 Ibid. p. 11.

Es interesante destacar que algunos oocitos han requerido hasta 40 años o más para su maduración.⁴

Espermatogénesis: Con este vocablo se designa la serie de cambios y divisiones que experimentan las células germinales primarias masculinas hasta transformarse en espermatozoides. Este proceso de maduración se inicia con la pubertad y se sucede en forma ininterrumpida. Los espermatozoides, cuando se han formado por completo, llegan a la luz de los conductos seminíferos de los testículos y son empujados hacia el epidídimo, donde alcanzan su movilidad completa.⁵

En cuanto a su número, el líquido espermático contenido en cada eyaculación es aproximadamente de 3 centímetros cúbicos (cc), su número en término medio por cc es de 80 a 100 millones de espermatozoides en el hombre sano y normal.⁶

El tiempo necesario para que las células germinativas primordiales en el hombre se transformen en espermatozooes maduros es de 61 días.

Desarrollo embrionario:

De los 200 ó 300 millones de espermatozoos depositados en el aparato genital femenino, sólo 300 ó 500 llegan al sitio de fecundación -ampolla de la trompa de falopio-, se necesita uno para la fecundación. Si bien, varios pueden atravesar la barrera que protege al gameto femenino, sólo uno penetrará la segunda barrera denominada zona pelucida y en consecuencia, logrará la fecundación. Con la penetración del es-

4 Langman Jan. Ob. cit., p. 11.

5 Ibid. pp. 13 y 14.

6 Saporono Aldo, Nuestra Salud, La gran enciclopedia médica de la familia, T. I, Editorial De vecchi, S.A., Barcelona, España, p. 585.

permatozoo en el oocito, este último termina la segunda división celular, disponiéndose los cromosomas en el llamado pronúcleo femenino y formándose el segundo cuerpo polar, el espermatozoo forma el pronúcleo masculino. Se duplican ambos pronúcleos, posteriormente se fusionan y dividen, por último se segmentan y desplazan a los polos para formar dos células.⁷

Resultado de la fecundación, tenemos los siguientes hechos:

1. Restablecimiento del número diploide⁸ de cromosomas, mitad proveniente del padre y mitad de origen materno.
2. Determinación del sexo del nuevo individuo, XX (mujer) o XY (varón).
3. Inicio de la segmentación.⁹

El momento de la fecundación es de trascendental importancia. Es el instante a partir del cual se genera un nuevo ser único y diferente, se transmiten los caracteres psicósomáticos genéricos a la especie humana y de su raza y los específicos propios de la familia de la que desciende fisiológicos y patológicos, no existe ni existirá otro organismo igual a él.

La repercusión del ser concebido y no nacido en el ámbito jurídico, es un tema tratado ampliamente por la doctrina. Las técnicas de concepción artificial y su práctica lo ponen en vigencia y ofrecen nuevas posibilidades no previstas en las teorías clásicas. Así la fecundación 'in vitro', la congelación y transferencia de embriones y la inseminación 'post-

⁷ Langman Jan, Ob. cit., pp. 22 a 25.

⁸ El vocablo "diploide", proviene de la palabra 'diploos' cuyo significado es 'doble'. Así, la célula somática humana posee 23 pares de cromosomas.

⁹ Langman Jan, Ob. cit., p. 25.

mortem son tópicos que actualizan de nueva cuenta este apasionante tema y demandan una solución jurídica.

Segmentación: Es la serie de divisiones mitóticas que sufre el huevo o cigoto (óvulo fecundado). Después de una serie de particiones celulares recibe el nombre de morula (sembranza a una mora). Se calcula que esta última llega a la cavidad del útero cuando tiene de 12 a 16 células, 'In vitro' - este período se alcanza 60 horas, luego de la fecundación.¹⁰

Blastocisto: Es la etapa subsecuente del cigoto o huevo, en la cual ha desaparecido la zona pelúcida y se forma una cavidad con líquido. Para fines de la primera semana de desarrollo embrionario se inicia la nidación en la mucosa uterina. En la segunda semana, se forma el disco germinativo bilaminar y el saco vitelino. Para la tercera semana, se ha formado el disco germinativo trilaminar: ectodermo, endodermo y mesodermo.¹¹

Período embrionario: Al delimitar esta fase, nos encontramos con el primer obstáculo, esto si consideramos la disconformidad existente en la doctrina para tal fin.

Así, encontramos que se define el embrión como el "producto de la concepción hasta los tres meses, momento a partir del cual se denomina feto."¹²

Arey, distingue la etapa de huevo que comprende desde la fecundación hasta el final de la primera semana de gestación y la etapa de embrión la limita a la fase que se inicia con el comienzo de la segunda semana de gestación hasta el final de la octava semana de vida Intrauterina.¹³

10 Langman Jan. Op. cit., pp. 25 y 26.

11 Ibid. p. 26.

12 Medicina y salud, Diccionario enciclopédico Lexis 22, Ed. Circulo de Lectores, S.A., Barcelona, España, 1979, p. 102.

13 Bonnet, E.F.P., "Fecundación extracorpórea 'in vitro', consideraciones medicolegales", La prensa médica argentina, Argentina. vol. 67, núm. 11, 1980, p. 540.

Por otra parte, la Ley General de Salud, en el artículo 314 define el período embrionario en los términos de: "El -- producto de la concepción hasta las trece semanas de gesta -- ción."

Ahora bien, para la embriología, la etapa embrionaria -- comprende de la cuarta a la octava semana de desarrollo in -- trauterino, caracterizándose por la diferenciación de cada ho -- ja germinativa en tejidos y órganos específicos.¹⁴

Del ectodermo se derivan los órganos y estructuras que -- mantienen el contacto con el mundo exterior: Sistema nervio -- so central, sistema nervioso periférico, epitelio sensorial -- de oídos, nariz y ojos, epidermis, pelo y uñas, glándulas ma -- rias, hipófisis, glándulas subcutáneas y esmalte dental.

Del mesodermo se origina el cartilago, hueso, músculo, -- corazón, sangre y vasos, riñón, bazo.

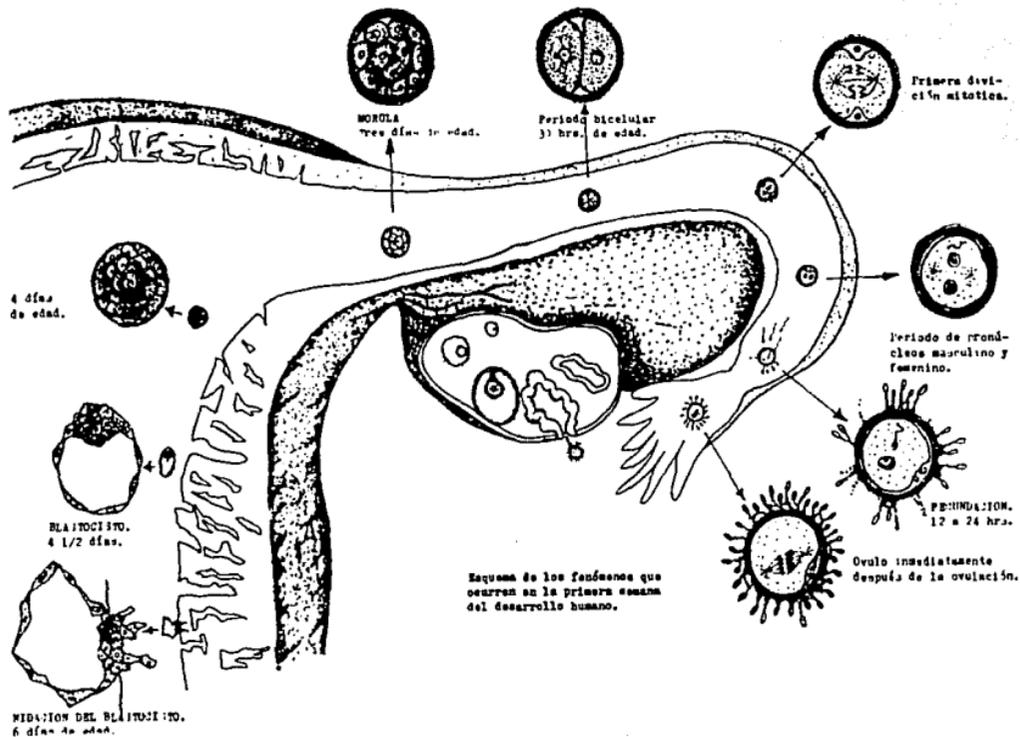
Del endodermo, el revestimiento epitelial, aparato diges -- tivo y respiratorio, vejiga, útero y caja del tímpano.¹⁵

Desarrollo fetal. El desarrollo fetal abarca del perfo -- do embrionario hasta el final de la vida intrauterina. Se ca -- racteriza por la maduración de los tejidos y órganos, el cre -- cimiento rápido del cuerpo, las diferenciaciones posteriores -- son de poca importancia.¹⁶ En otras palabras, la posibilidad de ocurrir malformaciones en este lapso son escasas. Anatóm -- icamente, se encuentra constituido en su totalidad, su fisono -- mía adquiere aspectos más humanos y en general aumenta de pe -- so.

14 Langman Jan, Ob. cit., p. 55.

15 Ibid. p. 55.

16 Ibid. p. 75.



II. EVOLUCION DE LA REPRODUCCION HUMANA

La reproducción humana es constante preocupación del hombre desde su aparición. En todas las épocas y en todas las culturas, desde la prehistoria, hasta la actualidad, en los pueblos primitivos y en las sociedades contemporáneas siempre ha estado presente el fenómeno reproductivo.

En el antiguo Egipto, en el papiro de Ebers, (15 000 -- años A. de C.) se informa cómo diagnosticar un embarazo y se dice que "las mujeres que velan manchas delante de los ojos -- eran estériles."¹⁷

El pueblo hindú, rindió culto al lingam o falo erecto y al yoni, símbolo de los genitales femeninos. Entre los griegos, (siglo VIII A. de C.) el procedimiento para diagnosticar si una mujer era estéril consistía en envolver a ésta en frazadas y fumigar su vagina con aceite de rosas, si el aroma de la flor se percibía en la nariz o boca se decía podía concebir.¹⁸

Entre los romanos, durante el gobierno de Pomplio, en la Roma imperial se promulgó la Lex Cesarea, por la cual, se decreta que si una mujer morfa embarazada, el niño debería de ser extraído inmediatamente del abdomen y de ahí deriva la -- operación que lleva ese nombre.¹⁹

En las culturas prehispánicas, igualmente la reproducción humana fue envuelta de un sentimiento mágico-religioso. Entre los aztecas existieron dioses relacionados con la misma; Cihuacoatl, diosa de la fecundidad, regía el parto; Tonatzin, aparece en una de sus versiones con un niño en brazos. Entre

17 Mas, Jorge et al. "Breve recuento histórico de la reproducción humana", Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, Cuba, Vol. 6 Núm. 4, 1980. pp. 292-305.

18 Ibid., p. 301.

19 Loc. cit.

los mayas, Ixchel, diosa de la preñez. En la cultura inca, se enfatizaron algunos aspectos de la reproducción y sexualidad humana como lo demuestra una serie de huacos eróticos expuestos en el museo Rafael Larco Herrera de Lima Perú.

Durante el reinado de Enrique VIII (1491-1547) en Inglaterra, se editó el libro "El nacimiento de la humanidad", base para una práctica de las comadronas más adelantadas.²⁰

En cuanto hace a la inseminación artificial en la especie humana, la información es escueta y no se ha podido determinar con exactitud sus inicios. Algunos estudiosos señalan su conocimiento y ejecución a fines del siglo XV D. de C. - Munter, describe con todo detalle el 'modus operandi' como se realizó por médicos españoles la inseminación artificial en la persona de la reina Doña Juana de Portugal, segunda esposa del rey español Enrique IV "El Impotente" (1420-1470), utilizando una cánula de oro y esperma del monarca. Según se dice, no tuvo éxito por ser este último estéril.²¹

En 1780, se realiza el primer intento científico de inseminación artificial en una persona por el fisiólogo italiano Spanzani. Seis años más tarde, el mismo autor señaló a los espermatozoides como esenciales para la fecundación humana.²²

Se afirma que en el año de 1790, el famoso cirujano inglés John Hunter realizó con éxito la inseminación artificial en una mujer que era estéril en sus relaciones matrimoniales.²³

En 1839, Scheleiden, botánico de Hamburgo, demostró que el óvulo en los animales es la célula simple de la cual se forman tejidos y órganos.²⁴

20 Mas, Jorge et. al. Ob. cit., p. 300.

21 Flores García, Fernando. "La inseminación artificial en la especie humana". Criminalia, México D.F., año XX, Núm. 6, julio 1955, pp. -- 344 y 345.

22 Mas, Jorge, et. al. Ob. cit., p. 302.

23 Guzmán, Violeta Aura. "La Inseminación artificial: Materia de conciencia o de derecho?", Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan Puerto Rico, Vol. XIV, núm. 1., sept-dic., 1979, p. 67.

24 Loc. cit.

En 1866, en los Estados Unidos de Norteamérica, J. Marion Sims, practicó con resultados positivos la primera inseminación artificial en una mujer con semen del marido.²⁵ (Técnica conocida con el nombre de inseminación artificial homóloga).

En 1875, Hertwig, demostró que la fertilización ocurría cuando el espermatozoide penetra el óvulo. Von Beneden observó la segmentación del cigoto.

A principios del siglo XX, William Panco Ast, médico de Filadelfia realizó con éxito la primera inseminación artificial por donante y en los años treinta se informa ya de cientos de embarazos logrados con este método también conocido como inseminación artificial heteróloga.²⁶

La primera revolución en el concepto de la concepción humana, la encontramos en la década de los sesentas, con el empleo de la píldora anticonceptiva. Pudiéndose realizar el acto sexual en cualquier etapa del ciclo menstrual de la mujer con un riesgo mínimo de quedar embarazada.²⁷

En 1966, el Dr. Herman J. Müller, premio nobel y profesor de genética de la Universidad de Wisconsin E.U.A., propuso la creación de un programa nacional para promover el mejoramiento de la humanidad por medio de la selección genética, abogó por la práctica de la inseminación artificial siempre y cuando fuese voluntaria y utilizando espermias seleccionados de hombres superiores física, moral y mentalmente.²⁸ La elaboración y ejecución de estos programas son ideas seductoras para los individuos y los pueblos. La regulación jurídica, fomentando estas prácticas debe de ser rechazada. En última-

25 Guzmán, Violeta Aura. Ob. Cit. p. 67.

26 Mas J., Padrón R. Ob. cit. p. 302.

27 "Fecundación y concepción humanas: nuevas posibilidades". Información Científica y Tecnológica, vol. 11, núm. 30, sep. 1980, p. 2.

28 Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit. pp. 70 y 71.

instancia el ser humano se reduciría a objetos y perdería su individualidad dentro de la colectividad. No olvidemos que el hombre es sujeto de derecho y no objeto del mismo.

El segundo fenómeno que revoluciona el concepto de reproducción humana, se inició a principios de los setentas con la aparición y funcionamiento de los primeros bancos de semen en los E.U.A., proliferando con posterioridad en países europeos y de América Latina. Con esto, miles de mujeres se embarazan con una simple inyección, por lo tanto, el acto sexual entre el hombre y la mujer dejó de ser esencial para la concepción de un nuevo ser.²⁹

En 1969, Steptoe y Edwards, inician sus experimentos de fecundación artificial 'in vitro' en seres humanos, mismos -- que se ven coronados con éxito en el año de 1978, cuando Lesley Brow dió a luz a su hija Louise, por unión de su óvulo -- con el espermatozoide de su esposo Gilbert. Este asombroso adelanto científico lo calificamos como la tercera revolución en el -- concepto de concepción humana, fue seguido en 1980 por procedimientos similares en Europa, E.U.A. y países latinoamericanos.³⁰ De igual forma, suscitó la maternidad subrogada y la escurridiza discusión para determinar su valor jurídico como veremos más adelante. Hecho que bien podemos considerar como la cuarta revolución en el concepto de reproducción humana.

29 "Fecundación y concepción humanas; nuevas posibilidades", Ob. cit., p. 2.

30 Italo Tozzini, R., "Aspectos éticos y médicos de la fertilización -- 'in vitro' en la Argentina", Boletín-Academia Nacional de Medicina -- de Buenos Aires. Argentina, vol. 65, 1987, p. 12.

III. METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL

Hemos elegido el término 'concepción artificial' para designar una serie de procedimientos o técnicas empleados en la terapéutica médica y en la investigación científica encaminados a indagar los procesos fisiológicos vinculados directa o indirectamente con la génesis, gestación y parto del ser humano.

Si bien, existen otros vocablos sancionados en legislaciones vigentes: 'Técnicas de reproducción asistida' en España; y 'Fertilización inducida' en México. Desde nuestra modesta opinión, calificamos la creación y aplicación de tales expresiones como inapropiadas.

Así, la palabra 'reproducción' utilizada en el derecho español es equivocada, toda vez que gramaticalmente significa "volver a producir o producir de nuevo."³¹ En medicina, reproducción es la "capacidad de los seres vivos de generar otros organismos semejantes a sí mismos."³² Es decir, podemos hablar de reproducción humana hasta acaecido el nacimiento vivo del individuo. Si el desarrollo del ser humano es truncado en cualquier momento del período comprendido desde la fecundación hasta antes del parto, no existe ni existirá reproducción. Luego entonces, las técnicas de inseminación artificial, fecundación 'in vitro', y transferencia de embriones, por sí solas no implican reproducción. Tendremos que esperar: primero, el resultado exitoso del método elegido; segundo, un embarazo positivo que culmine con el alumbramiento; y tercero, el nacimiento vivo del bebé. Sólo entonces podremos hablar de reproducción humana.

31 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima-edición, T. II, Ed. Espasa-Calpe, S.A., Madrid, España, 1984, p. 1175.

32 Joven Marled, Diccionario de medicina, Ed. Martín, S.A., Barcelona España, 1986, p. 896.

En cuanto al término 'fertilización inducida' empleado en la Ley General de Salud, formulamos la siguiente observación:

El vocablo 'fertilización' es sinónimo de fecundación, cuyo significado es la "unión del elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser."³³ Se trata de un momento concreto y limitado a la penetración del óvulo por el espermia y fusión del pronúcleo masculino y femenino. De tal forma que las técnicas de inseminación artificial y fecundación 'in vitro', están previstas con la designación de esta palabra, cabe señalar que la inseminación no siempre conlleva la fertilización. Ahora bien, los procesos ulteriores como el período embrionario, la fijación del óvulo fecundado en el útero (embarazo) quedan fuera.

Resumiendo, el empleo de la expresión 'fertilización' -- por nuestro sistema legal para identificar esta serie de métodos, si bien es término limitado, es superior y más acertado que la palabra 'reproducción' usada en el Derecho español.

Del vocablo 'concepción artificial', diremos lo siguiente:

En medicina, concepción significa "fecundación del óvulo",³⁴ y fecundación es sinónimo de fertilización, en consecuencia, esta expresión adolece de las limitaciones señaladas, sin embargo, es un término de mayor riqueza, ofrece otras aplicaciones. Así, gramaticalmente 'concepción' denota la "acción y efecto de concebir"³⁵ y concebir representa "quedar preñada la hembra".³⁶ Por lo tanto, la acepción gramatical del vocablo 'concepción' incluye momentos - -

33 Joven Mariel, Ob. cit., p. 398.

34 Ibid., p. 202.

35 Diccionario de la Lengua Española, T. I, Ob. cit., p. 351.

36 Loc. cit.

posteriores a la fecundación. La etapa embrionaria, la transferencia de embriones y el embarazo quedan incluidos en este concepto.

Utilizamos la palabra 'artificial' para designar lo no-natural, la participación de la mano del hombre. Lo artificial, dentro de estos métodos está presente desde el momento en que son extraídas las células germinales femeninas y masculinas.

Para una mejor comprensión de este punto, es imprescindible el desarrollo de los conceptos de: Fecundación, fertilidad, esterilidad, infertilidad e inseminación. Términos necesarios para un manejo fluido y facilitar la asimilación de este apasionante tema.

En biología, la fecundación se define como "la unión de una célula germinal femenina con otra masculina, que da lugar a una célula hija que será el punto de partida de la formación de un nuevo ser."³⁷

La fertilidad, en el varón, es la capacidad de originar descendencia. Se relaciona en especial con presencia y cantidad normal de los espermatozoides aptos en el líquido seminal. En la mujer, es la aptitud de sus estructuras genitales que hace posible su fecundación.³⁸

La esterilidad, se define como la ineptitud para generar un nuevo ser,³⁹ o bien, en los términos de la incapacidad de la pareja para lograr la concepción.⁴⁰ "Es un fenómeno fisiológico anterior a la pubertad y posterior a la menopausia o -

37 Medicina y Salud, Ob. cit., p. 138.

38 Ibid., p. 140.

39 Ibid., p. 126.

40 Mac Gregor Sánchez Narro, Carlos, et. al., "Esterilidad", primera parte Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM, México, Vol. XXIII, año 23, núm. 4, 1980, p. 5.

andropausia (Involución atrófica de las glándulas sexuales), - es un fenómeno patológico cuando se presenta durante el perfodo de la vida normalmente fecunda."⁴¹

La infertilidad, se define como la incapacidad de la pareja para llevar a buen término el producto de la concepción.⁴²

Es decir, que mientras en la esterilidad no es posible - la unión del óvulo y del esperma, en la infertilidad, dicha - unión sí se realiza, más no las etapas posteriores. Esto es - trascendente para los efectos jurídicos porque es en esta hipótesis donde surge la necesidad de recurrir a la práctica de alguno de los métodos de concepción artificial, sea inseminación, fecundación 'in vitro', transferencia intratubaria de gametos o transferencia de embriones.

La inseminación, es la introducción del esperma en la vagina por otro mecanismo que no sea el coito,⁴³ de tal suerte, que esta sola introducción del líquido seminal en la vagina - no implica la fecundación, simplemente denota un medio para - poner en contacto los gametos masculino y femenino.

La esterilidad, puede clasificarse desde dos puntos de - vista: a) conforme al tiempo de aparición, y b) por su duracion, con sus respectivas subdivisiones.

41 Saporono, Aldo. Nuestra Salud. Ob. cit., p. 601.

42 Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos. Ob. cit., p. 5.

43. Medicina y Salud, ob. cit., p. 192.

- a) Conforme al tiempo de aparición {
- Primaria. Cuando no ha sido precedida de ningún proceso gestacional.
 - Secundaria. Cuando es consecutiva a cualquier tipo de proceso gestacional, sea aborto, embarazo ectópico o a término.
- b) Por su duración {
- Absoluta. Cuando la causa que la produce por sí misma es capaz de justificarla {
 - Temporal. La que puede modificarse con los conocimientos actuales.
 - Permanente. La que no puede modificarse con los conocimientos actuales.
 - Relativa. Conjunto de varias circunstancias que sumadas disminuyen el índice de fertilidad de la pareja, v. gr.: disminución en la calidad de los esperm⁴⁴

Ahora bien, ¿cuándo se considera estéril a una pareja?.- Los requisitos para establecer la esterilidad han cambiado a través de los criterios establecidos por las sociedades dedicadas al estudio de la fertilidad. En un principio se señaló que deberían transcurrir dos años de vida sexual activa normal para que se etiquetara a una pareja como estéril. Posteriormente y gracias a los avances científicos, la sociedad internacional para el estudio de la fertilidad aceptó que un --

⁴⁴ Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos, et. al., Ob. cit., p. 5.

año de vida sexual activa normal, sin que ocurra la concepción es suficiente para catalogar a la pareja como estéril. Siendo este criterio adecuado para los casos de esterilidad primaria, pero para los supuestos de esterilidad secundaria, es más recomendable el término de dos años desde el último período de gestación del que se parte.⁴⁵

Las causas de esterilidad masculina, se pueden agrupar en dos apartados:

a) Condiciones mecánicas que hacen imposible el acoplamiento:

- Falta congénita o insuficiente desarrollo del pene.
- Malformaciones congénitas del pene: epispadia (desembocadura anormal del meato urinario).
- Incapacidad de erección o impotencia coarundl.

b) Condiciones patológicas que afectan al pene:

- Azoospermia.
- Necrospermia.
- Oligospermia.⁴⁶

Las causales de esterilidad femenina, se reúnen en tres grupos:

a) Causas que impiden la penetración del pene en la vagina:

- Himen Imperforado.
- Atresia de la vagina (oclusión o ausencia de este orificio o conducto natural).

⁴⁵ Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos. et. al., Ob. cit. p. 6.

⁴⁶ Saporono, Aldo. Ob. cit., p. 601.

b) Causas que impiden la progresiva llegada de los espermatozoides a la cavidad uterina o al canal del oviducto:

- Hipoplasia uterina (disminución del volumen del útero)
- Tumores en el útero.
- Estenosis u obstrucción de las trompas por adherencias o retracciones cicatriciales.
- Procesos inflamatorios de la mucosa vaginal o de las trompas de falopio.

c) Por falta de producción de óvulos por parte de los ovarios:

- Ausencia congénita de los ovarios.
- Procesos patológicos que afectan ambos ovarios; tumores, quistes, ovaritis, tuberculosis.
- Graves disfunciones hormonales.⁴⁷

En las líneas siguientes, expondremos cada uno de los métodos de concepción artificial:

A) Inseminación artificial:

Los estudiosos de este tema han emitido diferentes conceptos para su definición. Así, Aurea Violeta Guzmán la describe como el procedimiento médico mediante el cual, el semen del hombre se introduce en la vagina de la mujer por medios artificiales con el propósito de hacerla concebir, descartándose la cópula.⁴⁸

Zanoni la conceptúa como la técnica o método, cuya finalidad es salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula o coito normal entre marido y mujer.⁴⁹

47 Nuestra Salud., ob. cit., pp. 601 y 602.

48 Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 69.

49 Silva Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Revista de la Facultad de Derecho de México. México D.F., enero-junio, 1987, p. 202.

Hugo E. Gatti, manifiesta que la inseminación artificial en España recibe el nombre de 'eutele^hgenesia', y comprende la operación consistente en introducir el esperma (semen vital)-masculino en el interior del órgano genital de la mujer, por un procedimiento distinto al de la cópula sexual.⁵⁰

Desde el punto de vista médico legal, se define según el origen del esperma o semen, en: inseminación artificial homóloga (cuando el esperma utilizado proviene del esposo); inseminación artificial heteróloga (cuando el semen empleado es proporcionado por un donador ajeno a la pareja).

1. Inseminación artificial homóloga:

Llamada también homogénea o autoinseminación. Es aquella que se realiza con el elemento activo del marido (cum semine mariti), es decir, que los componentes genéticos óvulo-espermatozoide existen en la mujer y en el hombre respectivamente y este método sólo facilitará su encuentro, permitiendo en consecuencia la fecundación.⁵¹

El procedimiento se aplica en general por deformaciones del órgano sexual masculino o de la vagina, dificultándose la fecundación, de tal suerte, que el componente masculino es aportado al órgano genital femenino. Este tipo de inseminación suscita más dificultades.⁵²

Las indicaciones médicas para recurrir a su aplicación son:

- a) Cuando es posible la eyaculación intravaginal: - -
1) oligospermia, 2) motilidad insuficiente de los espermias, -

50 Gatti, Hugo., "La familia y la técnica actual", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, México, D.F., año XIV, núm. 41, mayo-agosto 1961, p. 306.

51 Silva Ruiz, Pedro. Ob. cit., p. 202.

52 Gatti, Hugo, Ob. cit., p. 307.

3) hostilidad cervical, 4) eyaculación precoz rebelde.

b) Cuando no es posible la eyaculación intravaginal: -
 1) impotencia coendi, 2) vaginismo (espamos dolorosos de la vagina, dificultan o impiden el coito), 3) hipospadias, - -
 4) eyaculación retrógrada, 5) adiposidad excesiva.⁵³

Este tipo de inseminación, no representa ningún problema jurídico toda vez que el hijo nacido vivo fue engendrado con las células germinales de la madre y del padre, ambos, unidos por el vínculo matrimonial. Por consiguiente, el estatus filius del bebé es igual al de otro hijo concebido en condiciones normales por padres unidos en matrimonio.

2. Inseminación artificial heteróloga:

También llamada inseminación artificial por donante, heteroinseminación o inseminación extramatrimonial. Es aquella que se realiza con el esperma de cualquier persona, de un dador ajeno a la pareja (cun semine extranei),⁵⁴ en otras palabras, uno de los componentes genéticos -espermatozoides-, se encuentra ausente en el esposo de la mujer a inseminar, mediante esta técnica se aporta o introduce con la participación de un donador de las células germinales masculinas.⁵⁵

Este procedimiento, según estadísticas, es mucho más frecuente que el anterior, se utiliza cuando el marido padece esterilidad absoluta permanente, o cuando ambos cónyuges son fértiles pero se desea evitar la propagación de un carácter morboso hereditario somático o psíquico. Recurren a este procedimiento de igual forma mujeres solteras deseosas de satisfacer sus instintos maternos.⁵⁶

53 Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos. et. al., Ob. cit., n. 11.

54 Gatti, Hugo, Ob. cit., p. 307.

55 Silva Ruiz, Pedro. Ob. cit., p. 202.

56 Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 307.

Las indicaciones médicas para aplicar la inseminación artificial heteróloga, son entre otras: 1) espermia (ausencia de espermatozoides en el líquido seminal), 2) necrospemia, 3) azoospermia (disminución en el número de espermatozoides en el líquido seminal), 4) problemas congénitos.⁵⁷

Este procedimiento, con la participación de un donador ajeno al matrimonio en la concepción de un hijo, trae consigo graves consecuencias que ponen en tela de juicio la aplicación eficaz de nuestro sistema de derecho.

Los sujetos e intereses implicados en la inseminación artificial heteróloga son: Los del hijo; los del esposo de la madre a quien se imputa la paternidad legal del hijo; Del donador que proporcionó el semen.

Determinar el vínculo filial paterno es el punto medular. Así, la presunción de paternidad, la legitimidad del hijo, el ejercicio de la acción de desconocimiento de paternidad y de investigación de paternidad, son entre otras las instituciones jurídicas directamente afectadas, cuyo estudio abordaremos en puntos subsecuentes.

La inseminación artificial homóloga y heteróloga, tienen en común las características siguientes:

1. Permiten lograr un embarazo, en aquellos casos en que la mujer siendo infecundable por problemas del hombre, no es estéril.

2. Que la fecundación, de lograrse, se obtiene sin relación sexual.⁵⁸

3. Son procesos tan simples, no requieren anestesia, se utilizan sencillos catéteres o jeringas para el depósito en -

57 Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos. et. al., Ob. cit., p. 11.

58 Silva Ruiz, Pedro. Ob. cit. p. 202.

el cuello de la vagina del semen prerrecogido, "resulta tan simple que hasta una mujer puede hacerlo por sí misma."⁵⁹

3. Inseminación artificial combinada o mixta:

Podríamos considerarla como una tercera variante, consistente en la mezcla del semen del esposo con el de un donador. Su finalidad es psicológica crear la idea, en caso de lograr la concepción de que el nuevo ser pudiera ser del esposo.⁶⁰

Se trata del supuesto en el cual, el esposo es estéril, se recurre a la combinación de su líquido seminal con espermatozoides sanos de un donador. El hijo concebido, en un porcentaje elevado y dependiendo del caso en particular, genéticamente es del donador.

Por lo mismo, las consecuencias jurídicas son iguales a las de la inseminación artificial heteróloga.

B) Fecundación extracorpórea 'in vitro'

De los diversos artículos seleccionados para la elaboración de este trabajo, ninguno de ellos emite una definición de este método, simplemente se limitan a describir el procedimiento. Así, Pérez Tamayo nos dice que consiste en una técnica diseñada para permitir la paternidad de parejas estériles con problemas en los primeros pasos de la fecundación; específicamente la migración del óvulo desde el ovario hasta la trompa de falopio y su encuentro con los espermatozoides (fecundación propiamente dicha) y el recorrido del óvulo fecundado hasta el sitio de implantación en el endometrio del útero.⁶¹

⁵⁹ Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 69.

⁶⁰ Loc. cit.

⁶¹ Pérez Tamayo, Ruy. "Fertilización extracorpórea; aspectos morales y filosóficos. Revista Ciencia y Desarrollo, México, D.F., núm. 65, -- noviembre-diciembre, 1985, p. 19.

Zárate y Mac Gregor, destacan que este procedimiento cubrió tres etapas cruciales: 1. la obtención del óvulo maduro, 2. la fertilización 'in vitro', así como el cultivo del cigoto, 3. la implantación del embrión en la cavidad uterina.⁶²

Bonnet, manifiesta: "Por fecundación extracorpórea 'in vitro' consideremos que debemos entender la siguiente operación:

- 1) Extracción por vía laparoscópica⁶³ de un óvulo maduro proveniente de una mujer fértil pero infecundable.
- 2) Inmediata inclusión del mismo en un medio especial - de cultivo para ser fecundado por uno de los espermatozoides del cónyuge, recogido momentos antes.
- 3) Pasaje del huevo a un medio de cultivo, donde permanecerá hasta haberse segmentado de 8 a 11 células.
- 4) Depósito del huevo en la cavidad uterina para que l brevemente busque su "locus" de implantación en la mucosa vaginal".⁶⁴

Otros autores explican esta técnica, dividiéndola en - diez etapas, desde la liberación del óvulo, hasta progresos - del embrión ya implantado en el útero.⁶⁵

Pedro Silva, manifiesta que la "fertilización 'in vitro' es un término genérico que denomina varios métodos médicos -- que se utilizan para remediar algunos tipos de infertilidad".⁶⁶

62 Zárate, Arturo y Mac Gregor, Carlos. "Fertilización extracorpórea; - aspectos médicos y económicos", Revista Ciencia y Desarrollo, México, D.F., núm. 65. nov.-dic. 1985, p. 24.

63 Laparoscopia. Es un procedimiento utilizado en medicina, donde se emplea un tubo muy delgado provisto de luz (laparoscopio) que se introduce en el ovario y permite recoger los óvulos sin daño para éstos o para la mujer.

64 Bonnet, E.F.P., "Fecundación extracorpórea 'in vitro', consideraciones médico legales". Ob. cit., p. 536.

65 "Fecundación y concepción humanas: nuevas posibilidades". Ob. cit., p. 5.

66 Silva Ruiz, Pedro. Ob. cit., p. 209.

Una vez analizados los anteriores conceptos, podemos emitir una definición propia en los siguientes términos:

Es un método médico, por el cual, en forma extrínseca al ser humano se induce la fusión de las células germinales femenina y masculina en un medio especial de cultivo, para su posterior implantación en el útero, sea de la proveedora del óvulo o de otra distinta.

Correspondió a Steptoe y Edwards el crédito de ser los -- primeros en lograr con éxito este procedimiento. De su técnica y por razones de ordenamiento científico se distinguen dos formas médico-legales: una variante ortodoxa y otra heterodoxa. Al hacer esta distinción toman en cuenta tres elementos: 1. la existencia o no del vínculo matrimonial; 2. quiénes -- aportan los gametos y 3. a quién pertenece el útero gestante.⁶⁷

1. Forma ortodoxa:

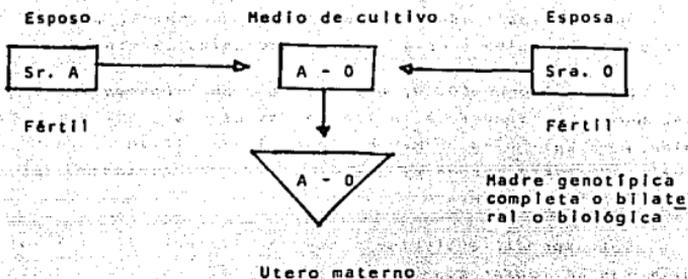
Tiene lugar en el marco de la institución del matrimonio. Ambos cónyuges aportan sus respectivos y propios gametos (óvulo y espermatozoide) para la formación del huevo, siendo el -- útero gestante de la propia madre.⁶⁸

No genera conflictos jurídicos, ya que el padre del bebé procreado con este método es el marido de la madre.

Su esquematización es la siguiente:

67 Bonnet, E.F.P., "Fecundación extracorpórea 'in vitro', consideraciones médico-legales", Ob. cit., p. 536.

68 Loc. cit. p.



2. Forma heterodoxa:

Por exclusión, abarca las situaciones que se apartan de la forma ortodoxa, puede figurar aquí la pareja matrimonial. Se distinguen cinco variantes:

1. Pareja con vínculo matrimonial

Fecundación

- a) Un cónyuge es estéril, es reemplazado por un donador(a)
- b) Ambos cónyuges son estériles, son reemplazados por dos dadores.

Gestación

- a) La cónyuge asume la gestación
- b) Se delega la gestación en otra mujer (madre no driza).

2. Pareja sin vínculo matrimonial
- Fecundación
 - a) Ambos integrantes son fértiles.
 - b) Uno es estéril, reemplazado por dador(a).
 - c) Ambos son estériles, reemplazados por dos dadores.
 - Gestación
 - a) La mujer asume la gestación.
 - b) Se delega la gestación en otra mujer (madre nodriza).
3. Mujer no casada
- Fecundación
 - a) La mujer es fértil, requiere un dador.
 - b) La mujer es estéril y requiere dos dadores.
 - Gestación
 - a) La mujer asume la gestación.
 - b) La mujer delega la gestación en otra mujer (madre nodriza).

4. Intervención de una dadora pese a ser la futura madre -- fértil y apta para gestar, situación observada por Pembreg (1978) que se presentaban en los casos de enfermedad transmitidas por la madre a los hijos varones, v.gr.: distrofia muscular progresiva de Duchenne-Erb, hemofilia, en tales hipótesis la mujer portadora de estas enfermedades tendrá las siguientes opciones: 1. no embarazarse; 2. embarazarse y abortar los fetos masculinos y 3. obtener un óvulo por intervención de una dadora.

5. Los requisitos bio-sociales para la intervención de una madre nodriza, tienen dos situaciones:

1. Por razones de su estado de salud que impiden llevar a término su embarazo sin que se ponga en peligro su propia vida.
2. Porque el embarazo disminuiría o impediría su desempeño socio-económico, tema a todas luces discutible y cuestionable, más no imposible.⁶⁹

Las consecuencias jurídicas son: En la pareja con vínculo matrimonial, si el varón es estéril, independientemente de que consienta o no la participación de un dador de células germinales, será el padre del hijo de su esposa. Igual situación se presenta en la inseminación artificial heteróloga. - En los restantes casos, el padre será quien reconozca a la criatura.

La maternidad, como veremos a continuación, ofrece situaciones de mayor complejidad y determinar el vínculo filial materno no es tarea sencilla a primera vista.

3. Tipos de madre según los genes del óvulo y el útero gestante.⁷⁰

Es importante esta clasificación, por ser complementaria de la precedente, así como por la gran utilidad que tendrá en capítulos subsiguientes:

- A) Cuando el útero gestante es el de la propia madre:

El huevo se implanta en la matriz de la madre y tomando en consideración la procedencia de las células germinales, se darán las posibilidades siguientes:

1. MADRE GENOTÍPICA:

- a) Completa, biológica o bilateral. Si el huevo se

69 Bonnet, E.F.P., Ob. cit., pp. 536 a 541.

70 Bonnet, E.F.P., Ob. cit., pp. 536 y 537.

forma con gametos de los propios progenitores, -
 (si los une el vínculo matrimonial, estaríamos -
 en la forma ortodoxa).

- b) Incompleta o unilateral. Si el huevo encierra -
 los genes de uno de los progenitores por ser la -
 madre estéril, en consecuencia existe una terce-
 ra dadora.

2. MADRE PORTADORA:

Cuando ambos gametos son aportados por dadores, la mujer
 que lo alberga al igual que su pareja son estériles.

- B) Cuando el útero gestante es de otra mujer:

Una vez producido el nacimiento, cesará toda relación en
tre gestadora y nuevo ser. Situación prevista por diferentes
 autores que hablan de MADRE HOSPEDADORA, MADRE SUB-ROGANTE o-
 MADRE ANFITRIONA.

En tal supuesto, el papel de la mujer se limita a dar --
 alojamiento y a nutrir al nuevo ser en sus diferentes etapas-
 prenatales (óvulo, embrión o feto), sin que exista ninguna --
 afinidad genética con ella. Los genes del huevo, según el ca
so, podrán provenir: a) de ambos progenitores, b) de un proge-
 nitor(a) y un dador(a), y c) de dos dadores.

Resumiendo:

- | | | | | |
|--|---|----------------------|---|---|
| A) El útero gestante es el de la madre | { | 1. MADRE GENO TÍPICA | } | a) Completa. Los genes son de ambos progenitores. |
| | | 2. MADRE PORTADORA | | } |
| | | | | |

El vínculo gestadora y nuevo ser, continuará después del nacimiento.

- | | | | | |
|---------------------------------------|---|---------------------------------------|---|---|
| B) El útero gestante es de otra mujer | { | MADRE NODRIZA | } | a) Los genes provienen de - ambos progenitores. |
| | | MADRE HOSPEDADORA | | b) Los genes provienen de - un progenitor(a) y un da dor(a) |
| | | MADRE SUB-ROGANTE
MADRE ANFITRIONA | | c) Los genes provienen de - dos dadores. 71 |

Esta situación, podrá ser análoga a la de la madre portadora, con la diferencia de que una vez acaecido el nacimiento cesará toda relación entre gestadora y nuevo ser.

Pedro F. Silva, resume las anteriores clasificaciones en una más simple. Indica que la fecundación extracorpórea 'in vitro', puede tener diferentes variantes o métodos. Señala entre los más frecuentes:

Primero. El de mayor utilización, se obtiene el óvulo - materno y fertiliza 'in vitro' con semen del marido, con pos-

terioridad se implanta en el vientre de la misma mujer de don de aquél procedió. (variante ortodoxa).

Segundo. Mismo procedimiento, con la salvedad de que el semen fecundante proviene de un tercero donador. (Forma heterodoxa en pareja unida en matrimonio).

Tercero. Método en el cual, se emplea tanto el óvulo como el semen provenientes de donadores. La madre fisiológica no es la madre genética; en consecuencia la fertilización se realiza 'in vitro' y con posterioridad se implantará en la madre fisiológica.⁷²

La maternidad, es uno de los puntos más controvertidos e interesantes suscitados con la práctica de la fecundación 'in vitro' y la transferencia de embriones. De esta forma, el concepto clásico de maternidad resulta insuficiente para abarcar los diferentes tipos de madres que se pueden presentar con este método. Si bien, nuestro sistema jurídico no prevé esta hipótesis, la solución la encontramos en las disposiciones del Código Civil para el D.F., al determinar el vínculo filial materno por el parto.

C) Transferencia intratubaria de gametos:

Es una técnica, en la cual, "valiéndose de la paroscopia se saca el óvulo del cuerpo de la mujer y ya fuera se junta con los espermatozoides del esposo, para luego volverlo a introducir directamente a las trompas para que haya fertilización".⁷³

Este procedimiento conocido como GIFT, a diferencia de la fertilización 'in vitro' no es necesario esperar las 48 a 72 horas necesarias para la formación del embrión, simplemente

72 Silva Ruiz, Pedro. Ob. cit. p. 209.

73 Cárdenas Lourdes, "Preparan en Perinatología una propuesta para legislar sobre inseminación artificial", El Universal, México D.F., 4 de octubre de 1989. Primera sección, p. 20.

to se juntan ambas células y se depositan en las trompas de falopio.⁷⁴

D) Transferencia de embriones:

Este método, tiene sus inicios en las prácticas realizadas en animales, la transferencia de embriones en vacas con buenos resultados, es una técnica muy común en la actualidad utilizada para que un óvulo fecundado de excelente calidad sea extraído y transferido a otro útero materno de menor calidad.

La transferencia de embriones, es una modalidad de los métodos de concepción artificial, si el óvulo fecundado 'in vitro' no es implantado en el útero de la madre genética. Sin embargo, doctrinalmente no es un tema bien delimitado, esto es si consideramos la disconformidad existente para definir el concepto de embrión, a lo cual se agrega la creación de nuevos términos como 'preembrión' o 'embrión preimplantado' para identificar "el grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo hasta catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero acabando el proceso de implantación que se inició días antes", y aparece en él la línea primitiva."⁷⁵

Esta terminología, además de España ha sido aceptada por los Consejos Europeos de Investigación Médica de Dinamarca, Finlandia, República Federal Alemana, Italia, Suecia, Países Bajos, Reino Unido, Austria y Bélgica.⁷⁶

Se entiende por 'embrión', propiamente dicho "la fase del desarrollo embrionario que, continuando la anterior si se ha completado, señala el origen e incremento de la organogéne

⁷⁴ Cárdenas Lourdes, Ob. cit..

⁷⁵ "Exposición de motivos de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", Mier y Terán Siena, S., Régimen jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, Tesis doctoral, Pamplona España T. - II, 1989. p. 4.

⁷⁶ Loc. Cit.

sis o formación de los órganos humanos, y cuya duración es de unos dos meses y medio más."⁷⁷

La conveniencia de elaborar nuevos vocablos en esta materia, obedece a dos motivos:

El primero, de carácter científico, la obtención de un óvulo fecundado 'in vitro' y su manipulación décadas atrás -- era una noción imposible de concebir. Los nuevos conocimientos y situaciones, requieren de una nomenclatura especial.

El segundo motivo, responde a móviles psicológicos para justificar la investigación científica en óvulos fecundados 'in vitro' o 'in vivo'. En la mayoría de la población la palabra 'feto' y 'embrión' conllevan la existencia de un ser humano, en cambio el término 'preembrión' denota una etapa previa a ese ser humano, o bien, resta calidad a tales entidades biológicas.

No olvidemos que el desarrollo de un ser humano se inicia con la fecundación, desde ese momento, nos encontramos ante un nuevo individuo con potencialidades, los vocablos: huevo, preembrión, embrión, feto, infancia, adolescencia, madurez y vejez, son etapas o estadios de organismo llamado ser humano, cuyos extremos es difícil limitar.

1. Embrión de flujo; la vage:

La vage, es un término empleado para designar el "proceso por medio del cual una mujer es inseminada artificialmente, después el huevo o huevos fertilizados son recolectados sin cirugía con un chorro de agua en el útero usando una sonda especialmente diseñada. El embrión es entonces reimplantado en otra mujer. Una variación del donante del huevo fecundado --

77 "Exposición de motivos de la Ley sobre técnicas de reproducción asistida", Mier y Terán Siena, S., Régimen jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, Tesis doctoral, Pamplona España, T. II, 1989, p. 4.

'in vitro', la vage es sostenido como un método más seguro y conveniente porque no requiere de cirugía o anestesia general.⁷⁸

El embrión transferido por este procedimiento es expuesto menos al medio ambiente que el logrado por fecundación 'in vitro'. Sin embargo, existe el riesgo de que la donante tenga un embarazo no deseado si el embrión no es arrastrado con el chorro de agua.⁷⁹

Las implicaciones jurídicas son las mismas presentadas en la inseminación artificial heteróloga y fecundación 'in vitro' con transferencia de embriones.

78. Hier y Terán Siena, "Una cronología de la fecundación 'in vitro', Australia". Régimen jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, Tesis Doctoral, Pamplona España, T. II, 1989, p. 10.

79. Loc. cit.

IV. INGENIERIA GENETICA

La Ingeniería genética, puede definirse como la ciencia que estudia el campo de la reproducción, herencia, variaciones y el conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia.⁸⁰

Pocas ramas en la medicina han experimentado progresos más espectaculares que la genética humana. Sus orígenes se remontan a Herodoto y Teofrasto, siglo IV A. de C. Para la ingeniería genética, son de gran importancia las primeras combinaciones de segmentos de DNA⁸¹ de E. coli con DNA de plantas, animales y bacterias, por este proceso podrán crearse nuevas formas de vida, elaborarse productos más rápido con alto grado de pureza, v. gr.: obtención de insulina, albumina, antígeno de la hepatitis B para la elaboración de vacunas.⁸²

Existen grandes expectativas sobre los beneficios sociales y humanos de estos descubrimientos, la eliminación total de enfermedades hereditarias, defectos congénitos en los niños, padecimientos como la "fenilcetonuria" (propensión a sufrir ataques de nervios), o "síndrome de Lesch Nya" (tendencia a ser asesino), o determinados tipos de cáncer, todo esto, mediante la sustitución de los genes responsables de su mal. Sin embargo, el paciente enfermo de cáncer que acepta un cambio de genes corre el riesgo de activar el virus responsable de su enfermedad y por consiguiente le sea confirmada su afección, o bien, podría tener la fortuna de aliviarse. Los científicos abocados en el trabajo de la ingeniería genética con-

80 Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 70.

81 DNA. Son las siglas del ácido desoxirribonucleico, junto con el RNA (ácido ribonucleico) interviene en los mecanismos de la herencia y en la síntesis proteica.

82 Patito, José Angel. "La fecundación artificial 'in vitro' y la Ingeniería genética aspectos médico-legales", La prensa Médica Argentina, Argentina, vol. 68, núm. 18, pp. 801 y 802.

fines terapéuticos, sostienen su deseo de no hacer cambios genéticos en la línea germinal (genes que se transmiten de generación en generación), concentran y limitan sus trabajos en genes somáticos (aquellos genes responsables de los males en que están interesados); en otras palabras, las células se separan del cuerpo, se depositan en ellas los nuevos genes y vuelven a ser colocados, sin que esto implique una modificación en la información hereditaria. Por consecuencia, se considera imposible que alguno de estos genes pase al óvulo o al espermatozoide para transmitirse a otra generación.⁸³

El deseo de mejorar la raza humana mediante la inseminación artificial o manipulación del código genético es una preocupación permanente. Recordemos de nueva cuenta al Dr. Herman J. Muller, premio nobel y profesor de genética de los Estados Unidos de Norteamérica, quien propuso en Londres un programa para mejorar la humanidad utilizando para ello semen de hombres física, mental y moralmente superiores.⁸⁴ En opinión de José A. Patito "podemos pensar que es posible que en un futuro no muy lejano alguien intente manipular genéticamente un huevo obtenido 'in vitro'. Los fines podrán ser múltiples."⁸⁵

Surge la duda, la creación de una sociedad totalitaria (semejante al "Mundo Feliz" de Aldous Huxley) dirigida por aquellos que poseen el conocimiento y la técnica para condicionar física, social y mentalmente al ser humano, personas que no se encuentran supervisadas ni fiscalizadas, lo que nos lleva y obliga a vigilar y planificar estas técnicas para evitar su abuso y mal empleo.⁸⁶

A) Hombre clonal:

Es necesario analizar el tema relativo al hombre clonal,

83 Bravo Rosa Ma., Hoyos Pilar, "En un futuro próximo se intentarán cambios genéticos en seres humanos", Periódico científico semestral muy interesante, México, D.F., año VI, No. 12-011289.

84 Guzmán Violeta Aura. Ob. cit., pp. 70 y 71.

85 Patito, José Angel. Ob. cit., n. 803.

86 Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 71.

ya que algunas personas mal informadas lo relacionan con la fecundación extracorpórea 'in vitro', lo cual es erróneo. La palabra 'clon' proviene del griego "klón" que significa vástago o retoño, consiste en la reproducción idéntica de un ser humano en forma asexual, de una célula corporal sometida a ciertos procesos biológicos. Se convierte en un duplicado idéntico del ser original, eliminándose la reproducción sexual. ⁸⁷

Esta historia, más fantasía que realidad, se inició con un renacuajo de Oxford, el investigador John Gordon, reventó una célula intestinal de ese animal, al aspirarla con una pipeta lo único que conservó fue el núcleo celular (proveniente de un núcleo diploide de un tejido diferenciado). Posteriormente destruyó el núcleo celular diploide del renacuajo, gracias a que el desarrollo embrionario de la rana ocurre en los charcos de agua, Gordon vió coronado su experimento con el surgimiento de una rana normal. ⁸⁸

Las diferencias entre un ser clonal y el procedimiento de fecundación extracorpórea, se resumen en lo siguiente: ⁸⁹

1. En la fecundación extracorpórea se emplean dos células haploides de cuya unión resulta un individuo totalmente nuevo y genéticamente único.

La clonación, requiere la eliminación del núcleo haploide de un gameto (óvulo no fecundado) y, su sustitución por un núcleo diploide de una célula somática.

2. En la fecundación extracorpórea, se forma una célula diploide a partir de la fusión de dos células haploides. ⁹⁰

87 Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 70.

88 Pérez Tamayo, Ruy. Ob. cit., p. 21.

89 Ibid., p. 22.

90 Haploide. Es el núcleo celular que posee sólo un ejemplar de cada uno de los 23 cromosomas propios de la especie humana. El núcleo diploide posee dos juegos de 23 cromosomas.

En la clonación, se reproduce un ser completo a partir del núcleo de una célula diploide sin reproducción sexual.

3. En la fecundación extracorpórea, cuando resulta exitosa, tiene como resultado, la emergencia de un individuo totalmente nuevo, original y único.

La clonación, es la reproducción del mismo genoma⁹¹ "n" veces, tal y como ocurre en el cáncer.

El desafío: Conseguir la clonación a partir de células somáticas de animales desarrollados, con lo cual, se lograría obtener animales exactamente iguales, no logrado hasta ahora pero se continúa trabajando sobre esta idea.⁹²

La clonación exitosa en el ser humano, es una afirmación algo arriesgada. "Esta fantasía de la reproducción genética-artificial no sólo del cuerpo sino también de la mente de un ser humano es quizá uno de los temas más polémicos. Y uno de los que menos sustento científico tiene, ya que hasta el día de hoy nadie se atreve a sostener que el pensamiento o la memoria, puedan heredarse mediante procedimientos físicos, químicos o biológicos."⁹³ Es absurdo pensar que la reproducción de seres humanos pueda implicar la clonación de su mente, lo que si se lograría, sería la reproducción material del cerebro, no así el pensamiento, la vida afectiva, emociones, sentimientos. Con la trasgenética, a partir de células extraídas del embrión y cultivadas en laboratorio, es posible hacer crecer tejidos constituyentes de corazón, médula, piel, etc., obteniendo así, órganos para transplantes sin necesidad

91 Genoma. Es el número de cromosomas de un gameto (óvulo o espermatozoide), en el hombre es de 23 (haploides). Las demás células somáticas tienen 46 cromosomas (diploides).

92 Oliva Alberto et. al., "¿Se pueden fabricar seres humanos?", Conocer y saber, Buenos Aires Argentina, núm. 11, septiembre 1989, p. 10.

93 Ibid., p. 12.

de recurrir a extirpaciones de donantes.⁹⁴

Gurdon, propone cultivar directamente el órgano, miembros inferiores y superiores en laboratorio en la consecución de la regeneración y recuperación de partes corporales, como ocurre entre los lagartos, salamandras y ranas.⁹⁵

Paul Segall, propone la clonación total e íntegra de un individuo. A las seis semanas de vida embrionaria, destruir las células precursoras del cerebro superior. De esta forma, se desarrollará físicamente su cuerpo sin alcanzar funciones superiores del sistema nervioso, ni amor, ni dolor. Alimentado con inyecciones de hormonas crecería y podría servir como donador ideal, al ser genéticamente igual al individuo que le dio origen, no habría ningún rechazo al trasplante y su preservación se lograría congelándolo a bajas temperaturas. El problema que representa el útero, se solucionaría en palabras del autor, cultivando el 'clon' en hembras de chimpancé, otra posibilidad es la ectogénesis -desarrollo del nuevo ser fuera del útero-, experimentación ya realizada en ratones, sin éxito aún.⁹⁶

"La 'repetición' de seres humanos todavía no es posible. Por ahora, todo se reduce a fantasmas y especulaciones sustentadas en los éxitos de los biotecnólogos. Pero la verdadera clonación, la reproducción de un ser a partir de células adultas, no pasa de ser una expectativa que el futuro dirá si es posible o quedará, como tantas otras propuestas de la ciencia, en el territorio de los sueños. Beneficiosos o temibles, pero sueños al fin."⁹⁷

94 Oliva Alberto, et. al., "¿Se pueden fabricar seres humanos?", Conocer y saber, Buenos Aires, Argentina, núm. 11, septiembre 1989, p. 14.

95 Ibid., p. 16.

96 Ibid., p. 17.

97 Loc. cit.

B) Eugenesia:

Como apoyo de estos experimentos surge la eugenesia, concebida como "la ciencia que se propone el mejoramiento de la especie humana, se basa en el conocimiento de los problemas de la reproducción, las leyes de la herencia por las cuales se transmite de una generación a otra los caracteres normales como los patológicos."⁹⁸

Propone aquellas uniones matrimoniales que garantizan una prole robusta y sana; reprueba las que producirán una prole físicamente débil o enferma.⁹⁹

Esta ciencia, se remonta a la antigüedad. La ley hebraica se oponía al casamiento de epilépticos, tuberculosos y alcohólicos, el Código de Manú prohibía las alianzas con las familias en que se producían casos de elefantiasis y epilepsia. Platón expone todo un programa de matrimonios eugenésicos. La idea eugenésica como tal, aparece en el siglo XVII con Tomás Moro y Campanella. Darwin con su obra 'El origen del hombre', se postula por la eugenesia voluntaria y en 1904 Galton inaugura en Londres el laboratorio de eugenesia.¹⁰⁰

98 Saporono, Aldo. Ob. cit., p. 621.

99 Ibid.

100 Patito, José Angel. Ob. cit., p. 801.

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS METODOS DE CONCEPCION ARTIFICIAL Y SU PROBLEMÁTICA JURIDICA, (ALGUNAS HIPOTESIS)

I. GENERALIDADES

II. PERSONAS POR NACER

III. DURACION DEL EMBARAZO

IV. FILIACION

A) Marco Jurídico-doctrinal

1. Filiación matrimonial o legítima
2. Filiación extramatrimonial
3. Filiación civil o adoptiva

B) Maternidad y los métodos de concepción artificial

C) Paternidad y los métodos de concepción artificial

D) El hijo y los métodos de concepción artificial

V. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA

A) Caso "Baby M"

B) Sujetos participantes

C) Clasificación del contrato

D) Elementos del contrato

E) Tendencia en otros países.

VI. MATRIMONIO

VII. DIVORCIO

VIII. SUCESIONES

I.- GENERALIDADES

Las modificaciones en los elementos naturales y físicos en que la humanidad se desarrolla pueden crear, bajo circunstancias específicas, una regulación jurídica que los contem- ple, v. gr.: Los sismos que devastaron una zona considerable de nuestra ciudad y los elevados índices de contaminación ambiental, obligaron a crear una regulación detallada; por consiguiente, la regla de derecho se modificará en la medida en que la norma jurídica dependa de la naturaleza del objeto.

De igual forma, el hombre como sujeto de Derecho, en ocasiones, ve modificadas las bases de sustento de sus principios o conceptos inherentes a su persona. Tales cambios ponen de manifiesto la necesidad de una nueva regulación que -- los contemple y por consiguiente, le otorgue seguridad y estabilidad.

Si bien, las "leyes no envejecen, y las más antiguas son por su propia edad, las mejores", el Derecho debe modificarse o mantenerse según cumpla o no con su finalidad de realizar la justicia en una época y en un lugar determinado.¹⁰¹ Por ello, es necesario que hoy la ley se adapte a la realidad, manejando aspectos de la reproducción humana, investigación científica en genética para establecer la procedencia de un individuo.

Los descubrimientos biológicos en el campo de la reproducción humana, y su aplicación a veces ya cotidiana, han generado una serie de problemas cuya regulación es insuficiente o nula.

Si pretendemos encuadrar tales hipótesis bajo nuestro --

101. Gatti, Hugo. "La Familia y la técnica actual", ob. cit., p. 295.

marco legal vigente, nos enfrentamos a una realidad desbordante que cuestiona la aplicación, validez y eficiencia de conceptos y figuras jurídicas milenarias.

Tal situación, no obedece a una falta de aptitud o ineficiencia del legislador, ya que no pudo prever tales avances científicos ni su repercusión en el ámbito jurídico.

En este capítulo, analizamos la problemática legal suscitada con la práctica de los diferentes métodos de concepción artificial en materia civil y familiar, poniendo en duda en ocasiones, la aplicación de normas jurídicas vigentes. Se proponen alternativas de solución, pero fundamentalmente, la finalidad es identificar el conflicto jurídico y sus causas.

A) Contenido

Al hablar sobre 'personas por nacer', retomamos el controvertido tema de establecer si el Código Civil para el Distrito Federal, confiere o no personalidad jurídica al concebido y no nacido. Nuestra posición es clara, nos adherimos y defendemos la primera hipótesis. Sin embargo, reconocemos la inoperancia legal de equiparar, jurídicamente, al no nato con el recién nacido. Sostenemos que la capacidad legal de primogenito se debe limitar a la posibilidad de recibir beneficios económicos; en cambio la capacidad de goce del neonato es general y amplísima.

Se está en desacuerdo con el empleo de embarazo y gestación como sinónimos. Embarazo es un término que debe reservarse a la mujer para identificar la serie de modificaciones anatómicas y fisiológicas que sufre con la concepción de una criatura; el vocablo gestación debe aplicarse al no nato, desde su concepción hasta antes de su nacimiento.

Al hablar de filiación, el legislador se basa en tres -- principios fundamentales, y son:

1. Todo nacimiento es necesariamente el fruto de una -- aproximación física entre hombre y mujer.

2. La maternidad se determina por el hecho del parto y -- por lo tanto es indubitable, 'mater semper certa est'.

3. La paternidad es conocida sólo por la investigación -- de las relaciones sexuales entre el padre y la madre, durante la época legal de la concepción, contándose ésta según la fecha del nacimiento. 'pater is est quem nuptiae demonstrant'.¹⁰²

Vemos como se derrumban cada uno de ellos al ser superados y cuestionada su veracidad por los avances científicos en reproducción humana y en genética.

Señalamos la necesidad de prohibir la práctica de contratos de maternidad subrogada, sustituta o de arrendamiento de útero. Proponemos establecer el vínculo materno-filial por -- el hecho biológico del parto sin importar la procedencia genética del óvulo empleado en la concepción de la criatura. Al -- analizar el contrato, sostenemos su inexistencia legal por la falta de objeto materia del contrato.

Al tratar los puntos de matrimonio y divorcio, ponemos -- en tela de juicio si la esterilidad o la inseminación artificial heteróloga pueden ser impedimentos para contraer matrimo -- nio o causales de divorcio.

Finalmente, al hablar de sucesiones, entre otros puntos -- se cuestiona si el óvulo fecundado 'in vitro', tiene vocación hereditaria.

102. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 302.

II. PERSONAS POR NACER

El término de 'persona', se define como todo ser capaz de derechos y obligaciones. "La 'persona jurídica' no significa 'hombre', 'ser humano'. Los atributos de la persona jurídica son cualidades o aptitudes jurídicas (normativamente otorgadas), por las cuales ciertos actos tienen efectos jurídicos".¹⁰³

'La personalidad' es la mera aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas. Es la proyección del ser humano en el ámbito jurídico.¹⁰⁴

'La capacidad' en términos legales es un atributo de la persona jurídica. Se define como "la aptitud de tener o ejercer derechos y facultades o ser sujeto de obligaciones y responsabilidades jurídicas", quien goza de ella, en el lenguaje técnico recibe el nombre de 'persona'.¹⁰⁵

Esta capacidad se desdobra en dos manifestaciones: Como la aptitud para ser titular de derechos (capacidad receptiva); y como la aptitud para el ejercicio de los mismos (capacidad de obra).

A) Concepción del ser humano-personalidad

Concepción del ser humano y personalidad, es un tema tratado por la doctrina cuya cuestión medular radica en si el primero goza de la segunda o no, las opiniones emitidas son opuestas. La mayoría de los autores estiman que en tal hipótesis aún no se ha adquirido personalidad. Entre éstos se en

103. Tamayo y Salmorán, Rolando. "El derecho y la ciencia del derecho", UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 1986, p. 89.

104. Galindo Garfias, Ignacio. "Derecho civil primer curso", Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1980, p. 306.

105. Tamayo y Salmorán, Rolando, Ob. cit., p. 90.

cuenta Galindo Garfias, quien dice: sólo a partir del momento de su nacimiento el ser humano adquiere la capacidad jurídica, por nada impide que antes de nacer, siempre que esté -- concebido, pueda ser designado válidamente heredero. Por lo tanto, se le protege conservando esos derechos, para que si llega a cumplir la condición suspensiva prevista por la ley, pueda adquirirlo en definitiva.¹⁰⁶

Rojina Villegas estima que el embrión tiene personalidad, afirma: Para ser heredero, legatario o donatario se requiere la personalidad jurídica, ya que a través de ésta se adquieren los derechos patrimoniales.*

El citado autor reprueba la teoría de la representación, según la cual los progenitores o la madre si el padre ha fallecido, representan al ser concebido y no nacido. Al basarse la representación en la existencia del representado, admite previamente que el embrión humano es persona, y disfruta de una capacidad mínima pero bastante, para considerarlo sujeto de derecho.¹⁰⁷

El Código Civil para el Distrito Federal, en cuatro artículos genera esta controvertida cuestión, y son:

"Art. 22.- 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 y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

"Art. 337.- Para los efectos legales sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de

106 Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit., pp. 310 y 311.

* Rojina Villegas, Rafael. "Compendio de derecho civil", Décimo novena edición, T. 1, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 159.

107 Ibid., p. 160.

estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".

"Art. 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

"Art. 2357.- Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal que hayan estado concebidos al tiempo en que aquélla se hizo y sean viables conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Una vez planteadas las posiciones e identificados el origen del conflicto, al decidírnos por una corriente, nos adherimos a la postura de Rojina Villegas. Desde nuestro modesto punto de vista, estamos convencidos que el Código Civil para el Distrito Federal confiere personalidad jurídica al concebido y no nacido de dimensiones limitadas no equiparable al neonato. Basamos nuestra postura en los siguientes argumentos:

Primero. La legislación civil otorga derechos al no nacido y no los otorga al no concebido (artículos 1314 y 2357 y del Código Civil). Estos derechos están sujetos a la condición suspensiva de su nacimiento vivo y viable (artículo 337 del Código Civil). "Pero es sabido en buena técnica jurídica, el hecho de que una situación quede sujeta a condición suspensiva no quiere decir que no exista, sino todo lo contrario. - Las bases para el establecimiento de la relación jurídica ya existen y sólo se está esperando el acontecimiento futuro e incierto para darlas en definitiva por nacidas o por no nacidas. En cambio nunca pueden establecerse, ni sujetarse a condición, relaciones jurídicas con un no concebido, puesto que éste cuando mucho sería un ente imaginario o de razón que en ninguna forma puede ser sujeto de derechos y obligaciones".¹⁰⁸

108. Pacheco Escobedo, Alberto. Ob. cit., pp. 39 y 30.

Segundo. Si se otorgan derechos al no nacido, en términos de Hans Kelsen es una persona, toda vez que es un centro de imputación de derechos.

Tercero. Es un pilar esencial para nuestra postura el contenido del artículo 1314 del Código Civil para el Distrito Federal ya transcrito, formulando una interpretación a contrario sensu llegamos a la siguiente conclusión: Los que están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, por disfrutar de personalidad, son capaces de adquirir por testamento o por intestado. En su defecto: Los concebidos cuando sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337, por disfrutar de personalidad, son capaces de adquirir por testamento o por intestado.

Cuarto. Como afirmamos con anterioridad 'persona' y 'ser humano' son conceptos diferentes. 'Persona' es un término creado por la ciencia del Derecho; 'ser humano' es un vocablo de las ciencias naturales.

Quinto. Es determinante en nuestra posición la tesis de Ferrara. Según ésta la persona en sentido jurídico significa ser sujeto de obligaciones y derechos. Como tal, es un concepto creado por el orden jurídico cuya causa y nacimiento se encuentran en el Derecho objetivo.

Tanto la persona física como la persona jurídica colectiva son creaciones del Derecho no son realidades sino categorías jurídicas que el sistema normativo puede referir a un determinado sustrato que es independiente de la corporalidad o realidad material del ente o sujeto por referir.

La persona física puede perder su categoría jurídica de tal en los casos en que un determinado derecho positivo admite la esclavitud o la muerte civil como consecuencia de una conde

na o de un estado religioso. 109

En este orden de ideas el concepto de persona es creado por el Derecho para ser aplicado al ser humano. El problema se presenta al delimitar en que etapa del desarrollo del hombre disfrutará de tal calificativo. El artículo 22 del Código Civil establece la solución; 'desde el nacimiento hasta la muerte'. Sin embargo, esta regla como lo expresa Ferrara está subordinada a un determinado sistema de derecho positivo, v. gr.: En el Derecho romano para la existencia de la persona física requería el nacimiento vivo, viable y con forma humana. Exigía además que el nacido fuera libre (status libertatis), ciudadano romano (status civitatis), y que tuviera cierta posición en la familia (status familie). De esta forma, el esclavo (hombre, ser humano) no era considerado persona. Se podía dar la extinción de la personalidad jurídica en vida (cuando el hombre libre deviene esclavo), o verla disminuida (pérdida de la ciudadanía conservando la libertad o bien el cambio de *sui iuris* a un *alieno iuris*). 110

Nuestro sistema jurídico nos muestra otra pauta: La capacidad de las personas físicas se ve limitada por la edad y determinadas condiciones físicas o psíquicas. El sexo de los sujetos es otro ejemplo, la mujer, décadas atrás no podía participar en la vida política del país a través del voto. En la actualidad, el artículo 148 del Código Civil establece una distinción de edades para contraer matrimonio, 14 para la mujer y 16 para el hombre.

Los anteriores ejemplos ponen de manifiesto un hecho inquestionable: Los conceptos 'persona', 'personalidad' y 'capacidad' son dinámicos y cambiantes cuyo contenido y aplicación

109. Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit., pp. 82 y 83.

110. Bialostosky, Sara, "Panorama del derecho romano", UNAM, Textos -- Universitarios, México, D.F., 1982, pp. 58 y 59.

depende de factores sociales, axiológico y jurídicos en una -- época y lugar determinado.

Si nuestro sistema legal confiere derechos al concebido y no nacido, encuadra perfectamente en la definición de persona; luego entonces goza de capacidad toda vez que se reconoce su proyección en el ámbito jurídico.

La regla prevista en el artículo 22 del Código Civil se refiere a la capacidad genérica, pasiva o de goce. Si adoptamos una mentalidad abierta y vamos un poco más allá de la regla, podemos reconocer excepciones (casos en los cuales el concebido y no nacido goza de capacidad) sin que llegue a equipararse al neonato. La capacidad de goce del recién nacido es de una acepción amplísima y general ya que todo hombre por el hecho de existir es capaz. En cambio, la capacidad de goce -- propuesta para el no nato es de dimensiones limitadas, se cons- triñe la facultad o posibilidad para ser designado válidamente heredero o legatario, capacidad que se ve ampliada cuando de -- hecho es designado heredero o legatario y alcanza su máxima ex presión con su nacimiento.

Esta postura, no violenta nuestro orden legal, para mu- chos resulta absurda, pero debemos recordar que igualmente fue censurable en su momento el conceptualizar al esclavo como per- sona o establecer una igualdad política entre hombre y mujer.

En la medida en que el hombre y la sociedad evolucionan -- surgen nuevos descubrimientos científicos y se adoptan nuevos valores que ponen de manifiesto la inexistencia o relatividad de conceptos absolutos, estáticos o inmutables. Por lo tanto, los términos 'persona', 'personalidad' y 'capacidad' están -- abiertos a nuevas posibilidades de síntesis, tienen y tendrán nuevas aplicaciones.

Por otra parte, reconocemos la ineficacia de establecer una igualdad jurídica entre el no nato y el recién nacido. Recordemos a los millones de seres humanos concebidos que son destruidos y expulsados por los dispositivos intrauterinos al no permitir su implantación en el útero materno. El respeto a la vida y al ser humano en sus etapas iniciales corresponde a un grado de conciencia superior no necesariamente vinculado con la educación o posición económica, pero para quienes hemos tenido la oportunidad de asomarnos a un microscopio y estudiar los procesos biológicos del ser humano fue de gran ayuda para formarnos un criterio que vino a integrarse con el aprendizaje jurídico y se manifiesta en nuestra adhesión a la corriente doctrinaria que reconoce personalidad jurídica al concebido y no nacido con los límites señalados.

B) Concepción Artificial

La problemática se presenta en la fecundación "in vitro", mediante estimulación artificial del ovario. Ello permite obtener más de un óvulo, mismos que se fecundan para su posterior implantación en el útero; más no todos están destinados a ese fin, pensemos en el supuesto de que la técnica resulte exitosa al primer intento y se logre el embarazo. ¿Qué pasa con los restantes seres ya concebidos?, ¿son embriones?, ¿cuál será su destino?, ¿serán objeto de protección jurídica o no?, ¿se les aplica lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil?, ¿tienen proyección jurídica?, ¿son sujetos de derecho?

Si nuestra preocupación se centra en los huevos no implantados o adheridos al endometrio, los anteriores planteamientos son igualmente válidos y aplicables a los millones de seres concebidos que son destruidos con los dispositivos intrauterinos. ¿Habrà de distinguirse una concepción biológica enten-

diéndola como la unión del óvulo y espermatozoide, de una concepción jurídica concebida como el óvulo fecundado pero implantado en el útero, en otras palabras embarazo?

¿Cuándo la ley habla de tener por nacido al ser se está refiriendo exclusivamente al embarazo?, es decir al óvulo fecundado implantado en el útero, descartándose los huevos no implantados, toda vez que su fijación al útero es un paso previo al embarazo y por consiguiente el nacimiento, en consecuencia ¿lo dispuesto en la ley no les es aplicable?. Son éstos, entre otros, los cuestionamientos que los avances científicos -- presentan al Derecho, y éste no puede quedar a la zaga, sino debe adaptarse a la realidad social.

Para solucionar estas interrogantes debemos limitar las dimensiones del problema y tener presente lo siguiente:

1. No se discute la calidad humana de los embriones no implantados, logrados 'in vivo' o 'in vitro'.

2. El término 'persona', es un vocablo creado por el Derecho para aplicarse al ser humano, sin prejuzgar sobre el inicio de la vida humana.

3. Para el sistema jurídico mexicano, embrión es: "El producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación". No distingue si el huevo o cigoto (óvulo fecundado) es o no implantado o no en el útero materno, o si fue concebido 'in vitro' o 'in vivo', se limita a señalar que es a partir de la fusión de las células germinales (fecundación), cuando existe un embrión humano.

Meditando lo anterior, concluimos que los óvulos fecundados 'in vitro', son tan humanos como los concebidos 'in vivo' implantados en el útero materno.

Para el Derecho mexicano vigente, el hombre es sujeto y no objeto de derecho. En consecuencia, el embrión por su calidad humana no puede ser reducido a objeto, son y deben ser considerados sujetos de derecho.

Todos los embriones, independientemente de su localización, sea en el útero materno, o almacenados por congelación en tubos de ensayo, disfrutan de la misma calidad jurídica. La situación legal del concebido 'in vitro' y no implantado, en parte, se encuentra prevista en la discusión de establecer si el no nato disfruta de personalidad. Al respecto nuestra posición es precisa, nos sumamos a la posición doctrinaria que interpreta que el Código Civil para el Distrito Federal confiere ese atributo al concebido y no nacido. Estamos convencidos de ello, defendemos nuestra postura con los límites señalados con anterioridad.

III. DURACION DEL EMBARAZO

Embarazo se define como el "estado fisiológico de la mujer que alberga y nutre en sus entrañas a uno o más seres vivientes en vías de desarrollo". 111

Si bien, delimitar el final del embarazo no es problema, el otro extremo, su inicio no es sencillo, al menos doctrinalmente. Los vocablos embarazo, gestación, gravidez y preñez se manejan como sinónimos, algunos autores señalan su inicio desde la fecundación, igual posición sigue el Diccionario nuestra salud, más adelante agrega: "El desarrollo del embarazo se inicia potencialmente cuando el espermatozoide penetra el óvulo fecundándolo". 112

Creemos, salvo mejor opinión, que este manejo indistinto de conceptos es erróneo. El vocablo gestación debe aplicarse exclusivamente al nuevo ser, por referirse a los cambios biológicos que experimenta en su desarrollo, contabilizando su duración desde la fecundación hasta el nacimiento. Los términos embarazo, gravidez y preñez deben reservarse a la madre por aludir a las alteraciones fisiológicas y anatómicas de la mujer, iniciando su cómputo a partir de la fijación del óvulo fecundado en el útero. Es importante esta distinción porque desde la fecundación (principio de la gestación) hasta la fijación del huevo en la cavidad uterina (inicio del embarazo), transcurren de 5 a 7 días.

El artículo 324 del Código Civil, al hablar de los hijos nacidos de matrimonio, en sus dos fracciones toma en cuenta el momento del nacimiento, no obstante, acepta como punto de refe-

111. Nuestra Salud. Op. cit., p. 509.

112. Ibid., p. 100.

rencia el momento de la concepción y no el del alumbramiento - basándose en los términos mínimo y máximo del embarazo, 180 y 300 días respectivamente. ¹¹³

En condiciones normales, el momento de la concepción no es un secreto de la naturaleza pero sí difícil su identificación, por lo tanto, la ley establece una presunción partiendo del día de su nacimiento el cómputo temporal de la posible duración de la preñez sobre la base de observaciones fisiológicas. Los plazos adoptados 300 días como máximo y 180 como mínimo son con pequeñas diferencias los de todos los códigos. En otras palabras, una vez ocurrido el nacimiento, las características del recién nacido, ¹¹⁴ sea un niño prematuro o de término, señalarán su tiempo de gestación y por lógica se inferirá presuntivamente el tiempo en que ocurrió la concepción. ¹¹⁵

A) Duración del embarazo y concepción artificial

Algunos métodos de concepción artificial han influido directamente sobre el embarazo y su duración. Con las técnicas de inseminación artificial homóloga o heteróloga no existe problema alguno, el momento de la fecundación y fijación del huevo en el útero seguirá siendo incierto. En la fecundación "in vitro" la situación es diferente, existen tres hechos bien conocidos: 1) el momento en que ocurrió la última menstruación; 2) el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide; 3) el momento de depósito del huevo en la cavidad uterina. Por lo tanto, ocurrido el nacimiento y efectuados los cálculos previstos en el Código Civil existirá concordancia entre la edad del recién nacido y el momento de la concepción. ¹¹⁶

113. Chávez Asencio, Manuel. Derecho de familia, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, pp. 153 y 154.
 114. Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1979, T. III, p. 578.
 115. Bonnet, E. F. P., Ob. cit., p. 540.
 116. Loc. cit.

De la manera como la doctrina aplica el significado de los conceptos, existe la posibilidad de interrumpir temporalmente la gravidéz, gestación, preñez o embarazo, esto es si -- consideramos que la gestación de un individuo se inicia con la fecundación, si se logra 'in vitro' y es suspendida congelando el huevo y almacenándolo a bajas temperaturas para su posterior implantación en el útero, y toda vez que gestación, gravidéz, preñez y embarazo se emplean como sinónimos, es factible su interrupción.

Si al anterior planteamiento agregamos que ese óvulo fecundado es implantado en el útero materno cuando el padre ha fallecido, y tomando en consideración la forma como es manejado el mínimo y máximo de duración del embarazo previstos en el artículo 324 del Código Civil, resulta que los hijos así logrados no son legítimos o de matrimonio. Por consiguiente, pese a tener la certeza de saber quien es el padre no tendrá derecho a llevar el apellido de su progenitor, ni vocación hereditaria, será calificado como hijo ilegítimo. Igual problemática presenta la inseminación artificial homóloga 'post-mortem'. Esta insertidumbre, en parte se solucionaría si aplicamos exclusivamente el término gestación al nuevo ser en desarrollo y no como sinónimo de embarazo. Así las cosas, el óvulo fecundado con esperma del padre, implantado en el útero de la madre cuando el progenitor a muerto sería un hijo concebido en vida del padre (porque la fecundación es el inicio de un nuevo ser humano) y por consiguiente legítimo a pesar de nacer con posterioridad al término de 300 días marcados en el citado artículo. En otras palabras, la gestación se interrumpe más no su duración, una vez que el óvulo fecundado es colocado en el útero -- continuará su desarrollo.

Decimos que se trata de una solución parcial ya que la fecundación 'in vitro' y la inseminación artificial realizadas -- luego de muerto el padre, si resultan exitosas y culminan con el nacimiento de un bebé, ese hijo será calificado de ilegítimo.

IV. FILIACION

A) Marco jurídico doctrinal.

El concepto de filiación se encuentra bien definido y limitado por la doctrina, "es la relación que existe entre dos personas una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea el parentesco de primer grado y su repetición produce la línea o serie de grados."¹¹⁷

La filiación puede apreciarse desde dos puntos de vista: como hecho biológico y jurídico. Como hecho biológico o natural existirá siempre con relación a todos los individuos y deriva del hecho natural de la procreación. La acepción jurídica se establece en los términos del vínculo legal que une a dos personas, de las cuales una es el padre o madre de la otra, de tal suerte que la norma jurídica se basa en el acontecimiento biológico de la procreación para crear una relación de derecho entre el progenitor o progenitores e hijo o hijos.¹¹⁸

Esta importante figura jurídica se distingue por el carácter variable que se le ha atribuido. En un principio la filiación es legítima cuando el hijo es fruto de padres unidos en matrimonio al momento de la concepción. El hijo nacido en condiciones diferentes es ilegítimo. Por lo que hace a la filiación ilegítima es de diferentes clases; en primer término se habla del hijo natural simple, es aquel cuyos padres no estaban casados en el momento de la concepción; el hijo adulterino, se presenta cuando uno de los padres está unido en matrimonio con una tercer persona en el momento de la concepción; el hi-

117. Planiol Marcel, Tratado elemental de Derecho Civil, Vol. IV, traducción de la 12a. edición francesa por el Lic. José M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Puebla, México, 1946, p. 111.

118. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 301.

jo incestuoso, se otorga este calificativo en el caso donde el matrimonio entre progenitores está prohibido por la ley por ser parientes por consanguinidad o afinidad.¹¹⁹

En el derecho comparado se distinguen tres momentos o hechos para determinar la filiación y son:

1. El conceptivo, en el cual se atiende exclusivamente al momento de la concepción (Francia, Argentina, Brasil, Uruguay).
2. El mixto, atiende a dos factores, la concepción y el nacimiento (Suiza y México).
3. El imputativo, según éste, el hijo es ilegítimo únicamente cuando se prueba la imposibilidad procreativa del padre.¹²⁰

En cuanto a su origen la filiación nace por dos causas:

- a) Causas naturales, exclusivamente biológicas basadas en la procreación, aquí se ubica la filiación legítima y la ilegítima o natural.
- b) Causas civiles, en las cuales la procreación está ausente, la relación jurídica se origina en la filiación adoptiva.¹²¹

En nuestro sistema jurídico la filiación emerge de tres formas: Por matrimonio, fuera de matrimonio y por adopción, en seguida nos avocaremos al desarrollo breve de cada una.

1. Filiación matrimonial o legítima.

Es la que se confiere al hijo cuando nace de pareja unida

119. Planiol Marcel, Ob. cit., p. 112.

120. Cestav, Saul., Derecho de familia y familia. Vol. II, 2da. edición, Montevideo Uruguay, Ed. Fundación de la cultura universitaria, 1979. p. 9.

121. Ibid., p. 6.

en matrimonio, además de la certeza plena de la filiación materna, tiene a su favor la de paternidad con respecto del marido de la madre siempre y cuando se respeten los plazos señalados en la ley (que el hijo nazca luego de 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de los 300 días siguientes a la disolución del mismo artículo 324 del Código Civil).¹²²

Es decir, la filiación legítima deberá reunir los siguientes supuestos:

1. La existencia de un matrimonio válido o putativo entre los padres.
2. El hijo deberá de ser alumbrado por la esposa.
3. El hijo deberá ser engendrado por el marido de la madre.
4. Ser concebido dentro del matrimonio respetando los plazos legales.

La acreditación de los dos primeros elementos es sencillo, con el acta de matrimonio y el hecho del parto, de allí surge el principio 'mater, semper certa est'. Para los restantes requisitos no existe una prueba directa, por lo tanto la ley interviene con sus presunciones. Para el tercer supuesto recoge el principio 'pater is est quem justae nuptiae demonstrant'. Padre es simplemente el marido de la esposa, se trata de una presunción relativa con prueba en contrario limitada. En el cuarto supuesto, la concepción dentro del matrimonio en condiciones normales es un misterio, no existe una ley fisiológica para determinar con exactitud la duración de la gestación, la ley crea la presunción considerando los plazos legales.¹²³

122. Montero Duhatl, Sara. Derecho de familia, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984, pp. 268 y 269.

123. Trabucchi Alberto, Instituciones de Derecho Civil, T. II, traducción de la décimoquinta edición Italiana por Luis Martínez-Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1976, pp. 302 y 303.

Los recursos para desconocer o reclamar el estado de legitimidad son: a) Acción de desconocimiento de paternidad; b) - Acción de desconocimiento de legitimidad; c) Acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio. En forma sucinta abordaremos cada una de ellas:

a) Acción de desconocimiento de paternidad:

El desconocimiento es el acto cuyo objeto es destruir la presunción de paternidad establecida contra el marido en los casos en que no pueda ser el padre del hijo. El ejercicio de esta acción es necesaria cuando el hijo está provisto de un título que prueba su filiación materna y es oponible al marido (acta de nacimiento), en este supuesto, el marido necesita de un recurso especial para combatir la presunción de paternidad, para ello deberá recurrir a las formas especialmente establecidas para el desconocimiento. 124

En principio sólo puede ser ejercitada por el marido, y excepcionalmente se confiere a los herederos.

Esta acción tiene una naturaleza diversa y se proponen dos hipótesis:

1. Desconocimiento normal o desconocimiento por prueba de no paternidad. Es el caso del hijo en la situación normal, ha sido concebido en una época en la cual la cohabitación entre los cónyuges existía como una obligación, su procedencia resulta difícil en extremo.

2. Desconocimiento por simple negación. La situación del hijo en este supuesto es anormal por haber nacido en el matrimonio y concebido con anterioridad al mismo, o bien por haber sido concebido en el matrimonio cuando los padres no esta-

124. Planiol Marcel, Ob. cit., p. 140.

ban obligados a cohabitar. 125

Estamos convencidos, salvo mejor opinión, que el ejercicio de esta acción debe ampliarse a todos los casos de paternidad dudosa. Los sistemas abiertos de desconocimiento de paternidad son saludables porque permiten establecer la verdad de los hechos.

Es bien sabido, que el contenido de una norma jurídica está determinado por una serie de hechos sociales y un código axiológico. De esta forma, ante la imposibilidad de acreditar la paternidad biológica se creó la prela 'pater is est quem justae nuptiae demonstrant'. En nuestros días los hechos y valores han evolucionado, existe una serie de conocimientos en reproducción humana que afectan sensiblemente tal presunción; los descubrimientos en genética ofrecen recursos determinantes para acreditar o desvirtuar la paternidad. El Derecho no puede quedarse a la zaga, debe reconocer y regular estos fenómenos en sus diferentes ordenamientos.

Si pretendemos beneficiar al hijo debemos pensar en un ambiente familiar y evitar en lo posible las situaciones conflictivas como el rechazo y las agresiones físicas y emocionales que se inferirán los cónyuges e hijos bajo un sistema cerrado de desconocimiento de paternidad. La solución inmejorable para armonizar y dar salida a este problema es prever los recursos legales para agotar las dudas. Ello se logra a través de un mecanismo abierto de desconocimiento de paternidad. A la larga, el beneficiado será el hijo.

b) Acción de desconocimiento de legitimidad:

Es una acción tratada en la doctrina francesa, la litis -

125. Mazeaud, Henri, León, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Parte primera, Vol. III, Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1959, p. 345.

se limita a determinar la legitimidad o ilegitimidad del hijo - sin mezclarse con la paternidad. Se presentan los siguientes casos:

1. Que los padres no han estado nunca casados.
2. Que los padres se casaron luego del nacimiento (estado aparente de hijo legítimo).
3. Que el hijo ha sido concebido después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio.
4. Que el hijo ha sido concebido con posterioridad a la declaración de ausencia del marido.

La prueba es fácil de establecer con base en el cómputo - de días. Cualquier persona interesada en ella puede ejercitarla. 126

El desconocimiento de legitimidad sin afectar la paternidad es un ejemplo del tecnicismo excesivo de la doctrina francesa. Si bien su construcción es lógica y bien estructurada, pierde de vista una de las finalidades del Derecho, la equidad. Establecer distinciones entre hermanos de los mismos progenitores es una idea fuera de tiempo. Salvo mejor opinión, es reprochable y carente de técnica jurídica, la posibilidad de reconocer la paternidad sobre un hijo e intentar una acción judicial para calificarlo de ilegítimo. Por fortuna nuestro sistema jurídico no acogió tal posibilidad a todas luces censurable.

c) Acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio;

El titular de esta acción es el hijo, la puede ejercitar cuando no tiene a su favor la certeza de las actas que acreditan su estado. El artículo 340 del Código Civil exige como re

quisito indispensable para establecer la filiación del hijo nacido de matrimonio dos documentos: La partida de su nacimiento; y el acta de matrimonio de sus padres, aunque la mayoría de los códigos civiles de los estados de la Federación mexicana - solicitan únicamente como prueba el acta de nacimiento. Cuando no existan actas o éstas sean defectuosas, incompletas o falsas, la filiación se acreditará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio, cuyos elementos son: El nombre, la fama, el trato, y una diferencia de diecisiete años entre el presunto padre y el hijo. ¹²⁷

2. Filiación natural o extramatrimonial.

"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". ¹²⁸

Para Mazeaud, la filiación natural o extramatrimonial es "el vínculo que une al hijo que ha nacido de relaciones de personas no unidas por el matrimonio, vínculo que puede ser con su madre, y es la filiación materna natural; o con su padre, y es la filiación paterna natural". ¹²⁹

La filiación es una institución jurídica de mayor interés para los seres humanos. Conocer nuestra procedencia genética y la identidad de nuestros padres, para los que hemos nacido en condiciones normales, es una necesidad superada desde la infancia. Para los individuos que ignoran su origen e identidad de sus progenitores debe de ser una situación angustiante.

127. Montero Duhal, Sara. Ob. cit., p. 302.

128. Giuseppe Branca, Instituciones de Derecho Privado, traducción de - la sexta edición italiana por Pablo Macedo, Ed. Porrúa, S.A., México D.F., 1978, p. 146.

129. Mazeaud, Henri León Jean. Ob. cit., p. 397.

Sin embargo, un número considerable de personas que este - blecen su vinculación filial son estigmatizados con los calificativos de 'hijo natural', 'ilegítimo', 'extramatrimonial' o 'adulterino'. Dentro de los argumentos vertidos para justificar su aplicación se menciona la necesidad de proteger y salva guardar la familia legítima. Sin embargo, una corriente significativa de la doctrina, a la cual nos adherimos, reprueba este mecanismo.

Es inoperante y sobre todo injusto, fomentar una conducta (realización del vínculo matrimonial) sancionando a los hijos con calificativos que conllevan una carga ideológica de rechazo social. La creación y aplicación de etiquetas es a todas luces censurable porque los únicos afectados son los hijos. Las sanciones deben dirigirse a los progenitores, a los padres inconscientes que engendran hijos ignorando esta situación así como los valores imperantes en la sociedad donde se desenvolverán.

Por lo tanto, es una necesidad imperiosa suprimir estos - vocablos en nuestro sistema de Derecho y hablar simplemente de 'hijos'. Una posible solución para fomentar la unión matrimonial podría ser imponer impuestos elevados a las personas solteras y disminuirlos a individuos unidos en matrimonio con des cendencia.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal prevee los medios para establecer la vinculación filial del hijo nacido fuera del matrimonio, y son:

Primero. El reconocimiento voluntario que uno o ambos -- progenitores realicen con respecto a su hijo.

Segundo. A través de sentencia en juicio de investiga - ción de paternidad, en la cual, en forma forzosa se atribuye - la paternidad a determinado varón.¹³⁰

130. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., p. 312.

Un tercer medio legal se prevee en el artículo 383 del Código Civil, cuando se está en el supuesto de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes en que cesó la vida en común que implica el concubinato, es evidente que nos encontramos ante una auténtica filiación natural legalmente establecida, no hay necesidad de investigar la paternidad. ¹³¹

a) Reconocimiento.

El reconocimiento es la declaración con ciertos requisitos formales; con los cuales, una o dos personas de sexo diferente afirman explícita o implícitamente ser o querer ser padre o madre de otra. ¹³²

El Código Civil para el Distrito Federal señala sus requisitos, y son los siguientes:

1. Edad, es la mínima para contraer matrimonio (dieciséis años) más la edad del hijo contada desde su concepción.

2. Consentimiento, tratándose de reconocer a un hijo menor de edad, se solicita el consentimiento de su representante legal (artículo 362 del Código Civil), si es mayor de edad el propio hijo debe manifestarlo.

La madre del hijo por reconocer debe otorgar su consentimiento, en caso contrario, el acto jurídico quedará sin efecto, igual requerimiento se marca para la mujer que no siendo la madre ha asumido tal papel, podrá contradecir dicho reconocimiento. ¹³³

3. Tratándose del hijo de mujer casada, en principio no-

131. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit., p. 637.

132. Giuseppe Branca., Ob. cit., pp. 147-148.

133. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., p. 305.

puede efectuarse el reconocimiento ya que el hijo nace con la certeza de filiación con respecto del marido de su madre, excepto cuando el esposo de la madre ha obtenido sentencia a su favor de desconocimiento de paternidad (artículo 375 del Código Civil).

4. El contenido del artículo 369 del Código Civil señala que el reconocimiento deberá de realizarse mediante alguna de las siguientes formas:

- 1) Acta de nacimiento, ante el juez del Registro Civil.
- 2) En acta especial de reconocimiento ante la autoridad cuando en el acta de nacimiento ya levantada no conste el nombre del progenitor.
- 3) En escritura pública ante notario.
- 4) Por testamento.
- 5) Ante el juez de lo familiar por confección directa y expresa.

La filiación por reconocimiento voluntario, tiene tres particularidades que la hacen especial y diferente de la filiación natural y son:

Primera. Acción de nulidad de reconocimiento: El contenido del artículo 363 del Código Civil señala que "El reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayoría de edad".¹³⁴

Segunda. Acción de impugnación de reconocimiento: Le corresponde en primer lugar al hijo reconocido cuando fue menor de edad. El plazo para ejercitar esta acción es de dos años a

134. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., p. 307.

partir del momento en que llegó a la mayoría de edad si antes tuvo noticias del reconocimiento; y si no la tenía, desde el momento en que la adquirió (artículo 337 del Código Civil).

En segundo término, puede ejercitar esta acción la madre que no consintió el reconocimiento (artículo 379 del Código Civil).

Tercero, la mujer que se ha conducido como la madre del hijo reconocido (artículo 378 del Código Civil).

En cuarto lugar, el Ministerio Público.

Quinto, el progenitor que reclama para sí la acción.

Por último, cualquier tercero afectado (en vía de excepción).

Tercera particularidad La irrevocabilidad del reconocimiento, el artículo 367 del Código Civil estipula que el reconocimiento legalmente formulado es irrevocable, si se efectúa en testamento cuando éste se revoque no se revocará el reconocimiento.¹³⁵

Las consecuencias del reconocimiento son dos: Directas e indirectas. Las directas derivan del lazo de filiación entre progenitor e hijo, señaladas en el artículo 389 del Código Civil, y son:

1. El derecho a llevar el apellido paterno de sus progenitores o ambos apellidos del que lo reconozca.
2. El derecho a ser alimentado por la persona que lo reconozca.

135. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., pp. 308 y 309.

3. El derecho a percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.

Las consecuencias indirectas, son principalmente el surgimiento de la patria potestad ejercida por el progenitor que efectuó el reconocimiento del hijo menor de edad, en segundo lugar el ejercicio de la custodia (artículo 380 del Código Civil). 136

b) Legitimación.

La legitimación es un hecho que coloca al hijo natural, aun muerto dentro de la filiación legítima, y le concede un estado igual al hijo nacido en matrimonio. Difieren ambas, en que éste es legitimado desde su nacimiento y el legitimado lo es a partir de cierto momento, crea un estado y no lo determina. 137

Para la doctrina francesa, es necesario distinguir los hijos naturales ordinarios de los incestuosos y adúlterinos.

La ley francesa del 7 de noviembre de 1907 permite la legitimación de los hijos incestuosos, siempre que el matrimonio de los padres haya tenido lugar luego de una dispensa, se asimilan a los hijos naturales ordinarios. 138

En cuanto a los hijos adúlterinos, habrá de distinguir -- los que son 'a padre' y los 'a madre'. La ley del 5 de julio de 1956 permite en todos los casos y sin limitación la legitimación de los hijos adúlterinos 'a pater'. Situación diferente se presenta para los hijos adúlterinos 'a mater', gracias a

136. Montero Duhal, Sara, Ob. cit., p. 310.

137. Giuseppe Branca, Ob. cit., p. 152.

138. Hazeaud, Henri León Jean. Ob. cit., p. 530.

la presunción 'pater is est quem nuptiae demonstrant', todo hijo que nazca de mujer casada tiene la situación de legítimo. - Por eso el legislador francés permite su legitimación en dos casos: 1. Cuando han sido desconocidos por el marido; - - - 2. Cuando son concebidos después de la providencia que fija a los cónyuges domicilios separados. 139

En nuestro sistema legal, el artículo 354 del Código Civil para el Distrito Federal prevé la figura jurídica de legitimación en los siguientes términos:

"Art. 354.- El matrimonio subsiguiente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración".

Además del matrimonio de sus padres se requiere que el hijo sea reconocido expresamente como tal antes del matrimonio, durante él, o con posterioridad a su realización. 140

3. Filiación civil o adoptiva

La adopción, es un hecho complejo por medio del cual un hijo natural o legítimo de terceros ingresa en forma permanente a una familia, asumiendo, respecto del adoptante una posición semejante a la de un hijo legítimo. Su función es doble: - - 1) Proporcionar artificialmente un hijo a quien no lo tiene y lo desean; y 2) dar una posición legítima a quien carece de ella. 141

Galindo Garfias conceptúa la adopción en los siguientes términos: "Es el acto jurídico por virtud del cual, una persona mayor de veinticinco años, crea por propia declaración de -

139. Mazeaud, Henri León Jean. Ob. cit., pp. 532-533.

140. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit., p. 648.

141. Giuseppe Branca, Ob. cit., pp. 153-154.

voluntad y previa la aprobación judicial, una relación paterno filial que lo une con un menor de edad o incapacitado. La adopción se distingue del parentesco por consanguinidad en que crea sólo un vínculo entre adoptante y adoptado".¹⁴²

Si bien en sus inicios el bienestar del adoptado se relega a un segundo lugar, en la actualidad los fines de la adopción moderna no son proporcionar un hijo a quien no lo ha procreado, se busca la protección y preservación de los intereses del adoptado, en la consecución de una situación moral y patrimonial más favorable.¹⁴³

La adopción tiene una doble representación. En su aceptación simple, y en su forma plena; el Código Civil para el Distrito Federal prevé y regula sólo la adopción simple.

Si bien, la manifestación de voluntad de el o los adoptantes abre el procedimiento de adopción, el interés de éstos es relegado a un segundo término y el bienestar del menor cobra una importancia principal.

La adopción simple, en su actual concepción, no cumple con su finalidad. Su carácter revocable y la generación de derechos exclusivamente entre adoptado y adoptante o adoptantes son los principales obstáculos en la consecución de una situación moral y patrimonial estable para el menor por adoptar.

La educación de un hijo biológico es difícil y no siempre se aceptan las diversas manifestaciones de su conducta, integrar un menor ajeno como hijo de familia ofrece mayores problemas. Los adoptantes deben de estar concientes de este hecho, si han decidido la adopción, es necesario suprimir su carácter

142. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit., p. 664.

143. Trabucchi Alberto. Ob. cit., p. 315.

revocable. En el peor de los casos la relación afectiva y familiar puede dejar de existir como ocurre en un gran número de "familias normales", sin destruir la vinculación jurídica.

Por otra parte, la adopción que es revocada es un rechazo al menor, el daño psicológico y emocional generado puede afectar la estructuración de su personalidad, y derivar a la larga en conductas parasociales o antisociales.

En cuanto a su naturaleza, la adopción simple es un acto de naturaleza mixta, un acto voluntario bilateral pues requiere el consentimiento del adoptante y del adoptado, y a la vez un acto judicial ya que necesita la autorización judicial.¹⁴⁴

a) Requisitos:

A) Del adoptante. Ser una persona física o pareja unida en matrimonio, mayor de 25 años, una diferencia de edades de cuando menos diecisiete años más que el adoptado, solvencia económica, y tener buenas costumbres.

B) Del adoptado. Ser menor de edad o incapacitado y que adopción le beneficie.

C) Del acto de adopción. 1) Manifestación de voluntad del adoptante, del adoptado si es mayor de 14 años, de su representante legal o la persona que señale la ley; 2) Aprobación del juez de lo familiar; 3) Agotar el procedimiento señalado en el Código de Procedimientos Civiles; 4) Ser adoptado por una persona física o un matrimonio; 5) Al tutor se le permite la adopción del pupilo hasta después de aprobado en definitiva las cuentas de tutela; 6) Se puede adoptar en el mismo acto o sucesivamente a dos o más incapacitados.

144. Mazeaud, Henri León Jean. Ob. cit., p. 552.

b) Consecuencias jurídicas:

1. Crea parentesco civil entre adoptado y adoptante, de primer grado en línea recta, (artículos 395 y 396 del Código Civil).

2. El adoptante tiene el derecho de darle nombre y sus apellidos al adoptado, siendo éste un derecho y no una obligación, (artículo 395 del Código Civil).

3. Crea o trasmite la patria potestad al que adopta, - (artículo 403 del Código Civil).

4. No extingue el parentesco consanguíneo del adoptado con las consecuencias jurídicas que implica, (artículo 403 del Código Civil).

5. Los derechos y obligaciones se limitan al adoptante y adoptado; por lo tanto el adoptado no entra a formar parte de la familia del adoptante.

6. Crea la adopción una prohibición: para contraer matrimonio adoptado y adoptante y sus descendientes, (artículo 157 del Código Civil), hecha excepción de que extinga previamente la adopción.

7. El vínculo de adopción puede terminar en vida de los sujetos. Esta es una gran diferencia de la filiación civil -- con la filiación consanguínea ya que la última no se extingue en vida de las personas; la adopción puede concluir por declaración unilateral del adoptado sin causa; el adoptante puede terminarla voluntariamente con causa legal, y por mutuo consentimiento de las partes. ¹⁴⁵

c) Legitimación adoptiva.

La Institución de la adopción ha evolucionado estableciendo dos especies: La adopción ordinaria y la legitimación adoptiva o adopción plena.

Adopción ordinaria: Es la plasmada en el Código Civil para el Distrito Federal, tratada someramente en las líneas precedentes.

Legitimación adoptiva: Así conceptuada en el Derecho - francés, o adopción plena en el Derecho español. Se define como una adopción más completa, por la cual se llega a asimilar casi por completo al adoptado como un hijo legítimo, y responde mejor a las finalidades perseguidas por la Institución de la adopción. ¹⁴⁶

c.1) Requisitos:

Se necesita sólo el consentimiento de los adoptantes. Los adoptantes deben estar casados y no separados de cuerpo, no deben tener hijos ni descendencia legítima. Y ser mayores de 40 años.

El adoptado, debe ser menor de cinco años, huérfano, abandonado o de padres desconocidos. ¹⁴⁷

c.2) Efectos:

1. Es irrevocable.

2. El adoptado, con relación a los adoptantes, se encuentra en una situación de hijo legítimo. Existe un derecho de sucesión recíproco, el hijo toma el apellido del marido y pue-

146. Hazeaud, Henri León Jean. Ob. cit., p. 572.

147. Loc. cit.

de modificar su nombre.

3. Crea un vínculo de parentesco entre el adoptado y los familiares de los adoptantes:

- a) En caso de fallecer los adoptantes, el derecho de consentir en el matrimonio del adoptado se transmite a los ascendientes.
- b) Los ascendientes pueden ser llamados a tutela.
- c) No se deberán alimentos.
- d) Son herederos recíprocos. No son herederos legítimos, por lo tanto pueden excluirse de la sucesión.

4. El adoptado pierde todo vínculo con su familia de origen, sólo subsisten los impedimentos para contraer matrimonio.¹⁴⁸

En nuestro país, los Estados de Quintana Roo e Hidalgo, en sus legislaciones locales contemplan esta figura.

La adopción plena es creada para superar las deficiencias de la adopción simple. Su carácter irrevocable y la vinculación entre adoptado y la familia del adoptante representan una garantía mínima de estabilidad emocional y económica para el menor.

Cuanto más pequeño sea el adoptado, tendrá mayores posibilidades de integración familiar y de desarrollar un sentimiento paterno-afectivo entre las partes.

Sin embargo, salvo mejor opinión, la estipulación de que los adoptantes no tengan descendencia es un obstáculo que impide a muchos niños disfrutar de sus beneficios. Este requisito es excesivo y debe desaparecer, es suficiente la manifestación

148. Mazaud, Henri León y Jean. Ob. cit., pp. 573-586.

de voluntad de los adoptantes que desean proteger al menor y asimilarlo como hijo de familia.

Por otra parte, la subsistencia de ambas adopciones es una posición acertada y recomendable. Si suprimimos la adopción simple estaríamos negando a los mayores de cinco años y menores de dieciocho la posibilidad de encontrar una persona o personas que deseen adoptarlos. En este orden de ideas, el Estado no puede hacerse cargo de los miles de niños desamparados, mucho menos proporcionarles una relación afectiva y cálida. Por lo mismo, cualquier forma de adopción es preferible a la permanencia en un hogar orfanatorio frío e impersonal o al abandono en las calles.

B) Maternidad y los métodos de concepción artificial.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa, y por consiguiente perfectamente conocido. Sus elementos son: Uno el hecho del parto; otro, la identificación entre el ser que da a luz en el parto y el que después pretende serlo.¹⁴⁹

La anterior afirmación, al igual que la regla milenaria 'mater semper certa est' que permaneció inmutable durante tanto tiempo, aceptada por todas las culturas y basada exclusivamente en el hecho biológico del parto, ha sufrido tremenda sacudida con las técnicas de concepción artificial. En concreto la fertilización 'in vitro' con la transferencia de embriones - así como la maternidad subrogada o sustituta por préstamo de útero. De aquí, la trascendencia de adaptar la norma jurídica a los avances de la ciencia, para que evolucionen en una misma proporción.

149. Rojas Villegas, Rafael. Ob. cit., p. 432.

1. Maternidad Subrogada

Retomando la clasificación de los tipos de maternidad según los genes del óvulo y el útero gestante, desarrollada en el capítulo primero, vemos las posibilidades que pueden darse. Tenemos elementos para agregar otra clasificación más sencilla pero no tan completa, en ésta existen tres tipos de maternidad:

- 1) Genética. Cuando el óvulo es aportado por la madre.
- 2) Fisiológica o gestante. La madre que desarrolla el embarazo, lo lleva a término y da a luz al hijo.
- 3) Social. Aquella que se ostenta en la comunidad como madre del producto, con quien crea el lazo filial madre-hijo. 150

Por lo anterior, puede darse la maternidad única, la doble y hasta una triple maternidad, con las siguientes combinaciones:

1. Que la madre genética, gestante y social se reúnan en una sola mujer, situación normal e ideal. No existe ningún problema para determinar quién es la madre, pues se trata del caso de maternidad única.

2. Cuando la madre genética es a su vez la gestante fisiológica y entrega su hijo a otra mujer quien asumirá el rol de madre social. Es el supuesto de doble maternidad.

3. Que la madre genética es a su vez madre social, asumiendo el papel de madre gestante otra mujer (maternidad subrogada propiamente dicha). Es otro caso de doble maternidad.

150. Esep Alvin, "La genética humana a la luz del diritto tedesco", L'indice penale, Padova Italia, anno XX, no. 3, septiembre-diciembre, 1986, p. 571.

4. Una mujer es madre gestante o fisiológica y social, - más no madre genética; es decir que recibe el óvulo de una dadora por algún motivo - sea estéril o no- otro caso de maternidad doble.

5. Que se den las tres hipótesis en mujeres diferentes, - es decir que exista la madre genética de quien se extrae el -- óvulo, el cual es implantado en el útero de la madre gestante previa fecundación, misma que a su vez, cuando de a luz al bebé, lo entregará a una tercera mujer que se ostentará como madre y con la que se establecerá el vínculo filial. Caso de -- triple maternidad.

En tales hipótesis, ¿quién es la madre?, ¿qué ocurre con la regla 'mater semper certa este?, ¿es válida aún?, ¿cómo de terminar a la madre? ¿por el factor genético, el fisiológico o el social?. Son algunas de las Interrogantes que se plantean, y que ofrecen una posible solución:

El segundo supuesto es sencillo de solucionar, al reunirse en una sola mujer el aspecto genético y fisiológico, son de gran ayuda para determinar quién será la madre. El problema - se presenta en las restantes hipótesis, en donde la solución - no es sencilla.

Existe otro factor trascendente, el afectivo. Este elemento puede ser la causa de que la mujer siendo fecundable, no sea fértil; es decir, a pesar de tener las células germinales, -- óvulo--, no es capaz de llevar a término el embarazo por múltiples causas. Es entonces cuando la maternidad subrogada se presenta como una opción para suplir esta deficiencia, recurriendo de esta forma a otra mujer a quien se le implantará el óvulo fecundado, gestará el producto y una vez concluido el -- parto, entregará el bebé a la madre genética. Es así como la mujer colmará su instinto materno. Logrará un hijo genético -

que en condiciones normales sería imposible procrear.

El aspecto afectivo también está presente en la madre subrogada, la que alquila su útero. El contacto directo y permanente entre producto y madre fisiológica puede modificar los sentimientos y manera de pensar de la mujer que decidió alquilar su vientre, negándose a entregar al hijo fisiológico a la madre genética o social. Igualmente podría presentarse el caso opuesto: que la madre social o genética se negara a recibir al bebé por cualquier motivo.

Ante esta situación tan compleja, ¿qué solución podemos dar?. Consideramos tres alternativas de solución:

Primera. Que el hijo se entregue a la mujer que proporciona el óvulo. Es decir, la maternidad legal se establecerá con la mujer que contrató el alquiler de útero, por lo tanto, la madre fisiológica o gestante está privada de todo derecho para con el bebé que dió a luz.

Segunda. Que el hijo permanezca en manos de la madre fisiológica, y se le confiera la maternidad legal.

Tercera. Una combinación de ambas; es decir que en principio la madre legal será la mujer que aporta el óvulo, pero la madre fisiológica disfrutará de un plazo limitado, digamos 30 días, para decidir si entrega o no el hijo, si decide conservarlo, el vínculo filial se establecerá con ella y la mujer contratante es relegada a un segundo lugar.

La hipótesis segunda ofrece la solución más satisfactoria. Por considerar a la primera como una forma no deseada de convertir a la mujer en un objeto, reduciéndola a la categoría de una máquina reproductora. La tercera opción, es igualmente negativa, toda vez que se prestaría a chantajes sentimentales y económicos. En consecuencia la solución la ofrece el conteni-

do del artículo 360, primera parte, del Código Civil para el Distrito Federal, que dice:

"La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento".

En consecuencia, la mujer que da a luz, independientemente del origen genético o procedencia del óvulo empleado en la fecundación, para todos los efectos jurídicos será considerada la madre legal del hijo que parió.

2. Mujer sola, (soltera, viuda o divorciada)

Una corriente doctrinaria se inclina a permitir su acceso a los diferentes métodos de concepción artificial:

García Mendieta nos dice que la mujer, siendo capaz y mayor de edad no existe impedimento legal alguno para recurrir a la inseminación artificial. ¹⁵¹

Gatti sostiene que la inseminación artificial es un medio para satisfacer sus ansias maternas exentas de toda relación sexual, ya que no es justo que "la mujer soltera que quizás no tenga ya la posibilidad de casarse deba entregarse a un hombre que no desea ni tolera, y se le impida recurrir a un procedimiento sencillo que no afecta sus sentimientos ni vulnera su integridad física". ¹⁵²

No obstante que este tema será tratado con posterioridad, nos limitamos a señalar que la Ley General de Salud de nuestro país no es específica sobre este tema, nos inclinamos a interpretar que la mujer sola, soltera, viuda o divorciada, puede -

151. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 308.

152. Gatti, Hugo, Ob. cit., p. 310.

recurrir a su utilización; en cambio la mujer unida en matrimonio o en concubinato necesita la autorización de su cónyuge o concubino.

C) La paternidad y los métodos de concepción artificial

La autoría de la paternidad es un hecho biológico, es una cuestión genética; esto es, el contacto del semen del hombre con la célula germinal femenina -óvulo-, el hombre del cual proviene el semen que fertiliza al óvulo es el padre. 153

La paternidad, en términos jurídicos, es siempre una presunción. Los hijos que una mujer casada de a luz se presume hijos de su marido, no es una presunción absoluta, la prueba en contrario se permite en casos específicos y concretos previstos en la ley. De ahí el principio plasmado en todos los códigos civiles que siguen el sistema de derecho romano y canónico; "pater is est quem nuptiae demonstrant". 154

En otras palabras, la paternidad es un hecho que no puede probarse directamente, sólo se presume. Es indispensable conocer quién es la madre, si se ignora la identidad de ésta, no se puede establecer el vínculo filial. La presunción parte de un hecho conocido -un hombre mantiene relaciones sexuales con una mujer-, del cual se infiere un hecho desconocido -que es él quien engendró al hijo dado a luz por la mujer-. Por lo anterior, este mecanismo no se puede aplicar en los casos de relaciones accidentales u ocultas. 155

153. Sanguino Madarlagá Alirio, "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", Estudios de Derecho, Colombia, vol. 41, núm. 101-102, 1981, p. 197.

154. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 302.

155. Rijina Villegas, Rafael. Ob. cit., p. 437.

Este concepto tradicional de paternidad jurídica se elaboró en sus términos porque no existía un mecanismo eficaz para acreditar la relación filial. Los estudiosos del derecho aceptaban este sistema sin cuestionarlo, sin embargo, dos acontecimientos han modificado esta actitud:

Primero. El incremento en el número de nacimientos de bebés concebidos con semen de un dador ajeno al matrimonio, con el auxilio de los métodos de concepción artificial. Sobre todo, la divulgación y publicidad que dan a estas noticias.

Segundo. Los descubrimientos científicos en genética humana aportan elementos determinantes, según el caso, para establecer o descartar la relación biológica entre dos o más sujetos.

En la actualidad, el concepto legal de paternidad es insuficiente y no corresponde a nuestra realidad. Necesita evolucionar y adecuarse a las nuevas posibilidades que presentan la ejecución reiterada de los diferentes métodos de concepción artificial. Para tal fin es necesario adoptar un sistema abierto de desconocimiento de paternidad y dar a las pruebas genéticas el marco legal que permita su utilización con fines de investigación de paternidad.

La presunción de paternidad beneficia a la familia legítima, el hijo que pretenda establecer su filiación legítima, no tiene más que probar su filiación materna y automáticamente quedará establecida su filiación paterna. Este mecanismo tiene su origen en la idea del deber de fidelidad y cohabitación debida de los cónyuges. ¹⁵⁶

Para que surga la presunción de legitimidad se requiere de los siguientes elementos:

¹⁵⁶. Gestav, Saul. Ob. cit., p. 18.

- 1) Prueba de maternidad.
- 2) Existencia de un matrimonio válido o de menos putativo.
- 3) Concepción durante el matrimonio, deducción que se establece con posterioridad al nacimiento.
- 4) Vida en común. ¹⁵⁷

En cuanto a la naturaleza de la presunción de paternidad legítima, en principio es una regla de fondo. El matrimonio de la madre es un supuesto fáctico jurídico que unido al parto en tiempo, confiere al hijo la calidad de legítimo y con ella la vinculación a la familia, al igual que el reconocimiento -- por parte del legislador de esa relación jurídica paterno filial otorgándole el estatus de legitimidad. ¹⁵⁸

1. Tipos de paternidad

El hijo dado a luz, que es concebido con semen de un dador ajeno al matrimonio, rompe la integridad del concepto paternidad, y se pueden presentar las siguientes hipótesis:

1) Paternidad plena: Cuando el hombre aporta sus células germinales y asume los derechos y obligaciones del reconocimiento como padre.

2) Paternidad genética: Cuando el hombre aporta su semen, pero no asume los derechos y obligaciones derivadas de la procreación.

3) Paternidad legal: Es el caso del varón que asume exclusivamente las consecuencias jurídicas del nacimiento, pero no ha contribuido genéticamente en la concepción del hijo de -

157. Gestav, Saul. Ob. cit., p. 21.

158. Vidal Martínez, Jaime, El hijo legítimo, su concepto y determinación en el Código Civil español, Ed., Montecorvo, S.A., Madrid, España, 1974, p. 85.

su esposa. 159

2. Inseminación artificial homóloga

Identificada por la doctrina con las letras IAH; también llamada 'cum semini mariti' o paternidad plena. En este supuesto no existe conflicto alguno, se emplea el semen del marido, - el bebé así procreado es hijo de matrimonio como el logrado en forma normal, la paternidad legal y genética se reúnen en la misma persona. 160

Sobre este tema, es unánime la doctrina que acepta como hijo legítimo el habido por este método, de igual forma resulta irrelevante si el marido consintió o no la ejecución de la técnica para la fijación de la legitimidad del bebé, ya que la paternidad es un hecho biológico, una cuestión genética. 161

3. Inseminación artificial heteróloga

Identificada con las siglas IHD; conocida igualmente con el término 'cum semini extranei'. En esta técnica el problema radica en la intervención de una tercera persona ajena al matrimonio, el dador de semen. Se presenta una doble paternidad; la paternidad genética y legal no se reúnen en el mismo individuo. La doctrina se divide en dos opiniones:

- 1) Quienes prohíben su práctica.
- 2) Los que distinguen si ésta se realiza en una mujer casada o soltera.

Y en el primer caso, si existe o no consentimiento del marido: 162

159. González Trevisano, Pedro. Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las llamadas técnicas de reproducción asistida, Revista de derecho político, Madrid, España, no. 26, 1988, p. 98.
160. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 307.
161. Sanguino Madarlaga, Alirio. Ob. cit., p. 201.
162. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 207.

a) Heteroinseminación con el consentimiento del marido.

La doctrina establece que los hijos así concebidos son legítimos del marido porque están amparados por la presunción de paternidad, negándose el ejercicio de la acción de desconocimiento de paternidad.¹⁶³ De igual forma, se acepta la legitimidad del hijo fruto de heteroinseminación siempre y cuando se practique para superar la esterilidad del marido.¹⁶⁴

b) Heteroinseminación sin el consentimiento del marido.

Su realización trae graves y complejos problemas, se califica como un agravio a la comunidad de vida que crea el matrimonio. Por consiguiente, es rechazada desde un punto de vista jurídico y ético. De inmediato surgen las interrogativas: ¿podría desconocerse la paternidad del hijo dado a luz en este supuesto?, la mujer casada que se hace inseminar con semen de un dador sin consentimiento del marido ¿podría ser declarada culpable de adulterio?. Temas interesantes sin duda alguna que desarrollaremos en otros apartados. Del último adelantamos que no es procedente tal consideración, constituiría una injuria grave por vulnerar uno de los deberes emergentes del matrimonio sin existir sanción específica. Sin embargo, ese hijo está igualmente amparado por la presunción 'pater is est quem nuptiae demonstrant', y por consiguiente es un hijo legítimo.

4) Fecundación extracorpórea "In vitro".

En la fecundación extracorpórea, al igual que en los restantes métodos de concepción artificial (inseminación artificial, transferencia intratubaria de gametos, o transferencia de embriones), el problema de filiación paterna se centra en la --

163. Gatti, Hugo, Ob. cit., p. 315.

164. Sanguino Madariaga, Ob. cit., p. 202.

procedencia genética de los espermatozoides empleados en la concepción del hijo.

Si la técnica (fecundación "in vitro", u otra) se realiza dentro de la institución del matrimonio y ambos cónyuges aportan sus propias y respectivas células germinales, y la gestante es la esposa, no suscita ningún problema jurídico porque existe una paternidad plena, el esposo de la madre es padre genético y legal del recién nacido.

En cambio, si en la realización de la técnica (fecundación "in vitro", u otra) se utiliza semen de un dador que no sea el marido, se genera una doble paternidad, existe un padre genético y otro legal. Los conflictos jurídicos y posibles soluciones es esta hipótesis son los mismos que hemos planteado en la inseminación artificial heteróloga consentida o no por el marido.

5) Paternidad y genética.

Este tema y su conocimiento es importante en el desarrollo de nuestro trabajo. Una de las principales posiciones ideológicas que sostenemos es la necesidad de adoptar en nuestro Código Civil un sistema abierto de desconocimiento de paternidad. Para ello, las pruebas genéticas son el recurso ideal, aportan elementos fundamentales para excluir o establecer la auténtica filiación paterna.

De esta forma, la biología interviene auxiliando al legislador y al juez para "demostrar que el recién nacido, o el menor, o la persona adulta, según sea el tiempo transcurrido desde el momento del parto, posee genes que excluyen a determinada o determinadas personas como progenitores, o por el contrario, aunque sin poderlo afirmar categóricamente, resulte posible el vínculo paterno o materno filial por la concordancia de esos --

mismos genes". 165

Utilizando exclusivamente los grupos eritrocíticos, la posibilidad de exclusión de paternidad o maternidad es de 62%.

Empleando los sistemas: séricos, enzimáticos del glóbulo-rojo, de secreción salival y HL-A, el porcentaje es de 80%.

Utilizando además los grupos colinesterasa, el porcentaje aumenta a un 99%; Indicio muy importante de paternidad o maternidad será que el presunto padre o la presunta madre sean, al igual que el menor, de este grupo, que es de muy escasa frecuencia.

Si invertimos la prueba, el 1% restante indica el porcentaje de probabilidad de que sea el hijo, el padre, o la madre - según el caso planteado, en otras palabras existe un 99% de seguridad para establecer o descartar la vinculación filial entre las personas. Por lo tanto la prueba no es afirmativa, pero sí valiosamente presuntiva, debiéndose agregar a otras pruebas ya reunidas. 166

Otros recursos importantes a considerar son: Los fenotipos* del padre, madre, e hijo por ser exactamente demostrables y no modificables por mutaciones; y la propia esterilidad del marido.

"La Suprema Corte de Justicia de E.U.A. que refería que - las pruebas hematológicas tradicionales son útiles para probar la no paternidad, admite que los nuevos adelantos en el campo - de las pruebas de sangre afirman con un alto grado de probabilidad la paternidad. El informe pericial debe ser didáctico y no

165. Bonnet, E.F.P., Ob. cit., p. 542.

166. Ibid., p. 543.

* Fenotipo. Es el conjunto de caracteres externos, que se pueden conocer mediante la observación de un individuo.

sólo informativo", 168

Las pruebas hematológicas igualmente son de gran ayuda -- cuando se acredita la cohabitación de la madre con varios hombres durante el periodo legal de la concepción, aportando elementos de convicción para:

- a) Reafirmar la excepción. El demandado por incompatibilidad de grupos sanguíneos no es el padre.
- b) Que el tercero demandado como posible padre no puede serlo por la anterior razón.
- c) Rebastecer la convicción de paternidad. Por coincidencia de grupos sanguíneos entre presunto padre y -- presunto hijo. 169
- 6) Desconocimiento de la paternidad del hijo habido por alguno de los métodos de concepción artificial.

Se podría pensar que este planteamiento es contrario a -- los temas precedentes, por lo tanto, aclaramos: Que las soluciones formuladas para determinar la paternidad en la inseminación artificial heteróloga son aportadas por la doctrina.

Nuestra propuesta es un enfoque distinto de la acción de desconocimiento de paternidad y una búsqueda de soluciones novedosas. Con esta idea, pretendemos acercarnos un poco más a la realidad sin modificar, como ocurre en las anteriores interpretaciones, las normas jurídicas sobre filiación y paternidad.

El Código Civil para el Distrito Federal en sus artículos 325, 326, 327 y 328 señala los supuestos en los cuales el marido puede desconocer la paternidad de los hijos de su esposa. -

168. Verruno Luis, Haas Emilio, Manual para la investigación de la filiación. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1985, p. 103.

169. Gatti, Hugo, Ob. cit., p. 302.

Para el desarrollo de nuestro tema son importantes los dos primeros, que establecen:

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

"Art. 326. El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son hijos de su esposo, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa".

La aplicación de los métodos de concepción artificial - cuestionan la validez del principio 'todo nacimiento es fruto de una aproximación física entre un hombre y una mujer. Como se ha explicado en el capítulo primero de este trabajo, la inseminación artificial homóloga o heteróloga, la fecundación extracorpórea 'in vitro', la transferencia de embriones, al igual que la transferencia intratubaria de gametos, se realizan sin el contacto físico entre un hombre y una mujer. En seguida, abordaremos cada uno de estos tópicos:

a) Inseminación artificial homóloga.

Si existe una imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer, la inseminación artificial supera ese obstáculo, ya que el esposo puede enviar su líquido seminal para fecundarla. En este supuesto, ¿podrá el marido impugnar su paternidad?¹⁷⁰ ¿cuál es el alcance del término: 'imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer' como acción para desconocer la paternidad?

170. Gatti, Hugo. Ob. cit., pp. 113 y 114.

Si interpretamos literalmente el contenido de los mencionados artículos, es factible el desconocimiento de paternidad, lo cual resulta absurdo e inadmisibles, toda vez que las células germinales provienen del marido y ha consentido la realización de la técnica inseminatoria.

La solución la ofrece Gatti, afirmando que no es necesario modificar el Código para rechazar la acusación de desconocimiento de la paternidad, ya que si bien, es cierto que el legislador se refirió a la 'cópula carnal', sin violentar la ley, y de acuerdo con su espíritu los tribunales deben rechazar esta acción cuando se justifique que la mujer fue fecundada por el semen de su marido enviado a distancia por él y con esa finalidad.¹⁷¹

b) Inseminación artificial heteróloga.

En esta hipótesis debemos distinguir dos posibilidades:

a.1) Con el consentimiento del marido. En este supuesto, la acción de desconocimiento de paternidad no es admisible, -- por lo tanto, el consentimiento formulado por el cónyuge deberá constar de manera indubitable, sea en el expediente clínico, ante notario, autoridad judicial; sin importar que el esposo -- sea estéril o no, lo fundamental es la manifestación de voluntad.

No obstante, existe un vacío legal. No se menciona la -- participación del dador de semen, si proporcionó sus células -- germinales con fines reproductivos o no.

Por otra parte, la Ley General de Salud establece que la -- inseminación artificial en mujer casada debe ser consentida -- por su cónyuge, igual señalamiento hace el Reglamento de la --

171. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 314.

Ley General de Salud en materia de investigación para la salud para la fecundación 'in vitro'. Sin embargo, no prevé el caso de que se practique sin cumplir este requisito, y lo más importante, no existe ninguna disposición legal que haga referencia a la filiación de los hijos así concebidos.

De ahí la necesidad de estructurar y aprobar el marco jurídico encaminado a regular tales omisiones.

a.2) Sin el consentimiento del marido. Existe una corriente de autores que admiten el desconocimiento de la paternidad cuando la inseminación se realiza sin su consentimiento. Argumentan que: "Sería menester modificar la legislación, en el sentido de permitir el desconocimiento de la paternidad del hijo habido por su mujer, cuando justifica fehacientemente que ese hijo ha sido engendrado sin su consentimiento, mediante el semen de un extraño".¹⁷² En igual sentido se manifiesta Alirro Sanguino, afirmando: Es un hecho de justicia otorgar la posibilidad de desconocer la paternidad del hijo que biológicamente no es suyo en dos momentos:

1. Cuando la heteroinseminación se realiza existiendo en el marido facultades procreativas.
2. Cuando existiendo imposibilidad física para procrear en el marido, la inseminación se practica sin su consentimiento.¹⁷³

c) Fecundación extracorpórea 'in vitro'.

En esta técnica, al igual que en la transferencia intratubaria de gametos y en la transferencia de embriones, los cues-

172. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 317.

173. Sanguino Madariaga, "La fecundación artificial y sus complicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", Ob. cit., p. 202.

tionamientos y posibles soluciones son las mismas que señalamos para la inseminación artificial homóloga y heteróloga, toda vez que el problema de filiación paterna se centra en el origen genético de semen utilizado en la concepción del hijo.

Es por lo anterior que consideramos necesario la inclusión en nuestro orden jurídico de un sistema abierto de desconocimiento de paternidad, si pretendemos una seguridad jurídica para los hijos logrados con alguno de estos métodos. Ello no se logra por decreto de ley modificando la realidad. Cuando surga la duda respecto de la autenticidad de la paternidad de un hijo, se debe ofrecer al supuesto padre la posibilidad de indagar tal planteamiento, no olvidemos que el fundamento de la paternidad es un hecho biológico y genético.

En primer término, no basta que la doctrina reconozca la trascendencia de la paternidad como vínculo de sangre, como un hecho biológico, no es suficiente señalar que todo niño tiene un padre, y por otro lado inferir en vía de consecuencia la paternidad como estatus jurídico de filiación. Por la cual se pertenece a una familia y el hijo sucede al padre, adquiere el derecho a llevar sus apellidos y quedar ligado a la familia de aquél.

En segundo lugar, la paternidad como hecho biológico es totalmente distinto a la maternidad. No existe el contacto directo implicado en la gestación de un nuevo ser, sólo experimentado por la mujer. Este aspecto afectivo físico y psicológico que envuelve a la maternidad, presente aún en la gran mayoría de los casos de heteroinseminación y fecundación 'in vitro', está ausente en las mismas hipótesis con relación al hombre, toda vez que el ser en gestación es biológicamente ajeno a él, máxime si la técnica se ha realizado sin su consentimiento.

Por último, más que una seguridad jurídica debemos preten

der un ambiente adecuado para el sano desarrollo del hijo, sin agresiones físicas o psicológicas. Lo cual se lograría, en mayor o menor medida, estableciendo la verdad de los hechos, es decir que el padre disponga de los recursos legales para acreditar o desconocer su relación filial con el supuesto hijo.

7) Donación de espermias.

Es necesario abordar y tratar este tema porque genera una doble paternidad. Existe el padre genético o biológico, quien proporciona sus células espermáticas; y el padre social o legal, el marido de la mujer que da a luz al hijo y al cual se le atribuirá la paternidad jurídica.

Las soluciones sobre este punto se bifurcan:

1. Para algunos autores la solución se encuentra aplicando la presunción 'pater is est quem nuptiae demonstrant', por consiguiente el esposo de la madre es el padre sin importar de quien proviene el semen que fecundó el óvulo, maxime si argumentamos que la verdadera paternidad no se constituye exclusivamente de un hecho fisiológico, requiere del factor volutivo y afectivo. Este elemento volutivo, brilla por su ausencia en los dadores anónimos de espermias que se limitan a proporcionar su semen sin tener la más mínima idea de quien será la receptora o si se utilizará o no. Aportan su material genético "sin que aparezca delineada por su mente la idea de que se pueda -- procrear un hijo en determinada mujer".¹⁷⁴

Gatti se manifiesta afirmando que no se vulnera ningún -- principio de orden público, cuando, mediante el consentimiento de ambos cónyuges, se permite la incorporación con la calidad-

174. Escobar Trujillo, Pedro, "La inseminación artificial de la mujer -- ante el derecho civil colombiano", Estudios de Derecho, Colombia, - vol. 49, núm. 100, 1918, p. 368.

de legítimo de una criatura engendrada por una mujer con semen de un extraño. 175

2. La opinión opuesta se encuentra en la doctrina francesa, con la cual estamos de acuerdo. Se afirma que "es contrario al orden público hacer gozar la presunción 'pater is est quem nuptiae demonstrant' a fines para los cuales ella no ha sido ciertamente establecida, con estas técnicas se realiza un fraude sistemático a la ley, al colocar bajo el amparo de esta presunción un hijo se tiene la certeza de no ser del padre a quien se le atribuye, falseándose así el espíritu de dicha presunción, sobre todo cuando la heteroinsenimación se ha realizado sin el consentimiento del esposo". 176

Un problema latente que suscita la regulación omisa sobre esta materia es el referente al vínculo sanguíneo y su ignorancia por los hijos procreados con la participación de dadores de semen, ya que se pueden engendrar varios hermanos o mediohermanos en diferentes familias con la ejecución de los métodos de concepción artificial.

Por consiguiente, no se descarta la posibilidad, aunque remota, de relaciones incestuosas inconcientes con sus correspondientes secuelas degenerativas, "bastan 0.01 cc de semen para la fecundación, la aportación de un donador es de 5 a 6 cc, sobre el supuesto de dos aportaciones por semana resultando 10 cc, por lo tanto, 500 intentos de fecundación semanal por cada donador, al año cada donador podrá ser base de unas 26 500 fecundaciones menos el 30% de fracasos 7 800, se concluye que con un solo donador por vía de fecundación artificial puede ser padre de más de 18 000 hijos anualmente". Se calcula hipotéticamente que el total de niños nacidos en España en-

175. Gatti, Hugo. Ob. cit., pp. 315 y 316.

176. Ibid., p. 315.

1949 (594 936) técnicamente podrían haber sido engendrados por sólo 35 padres por inseminación artificial. 177

Cifras más conservadoras señalan "que si un hombre dona - semen dos veces por semana, podría engendrar unos 156 niños ca da año, aún el promedio de inseminación exitosas fuera muy bajo". 178

Lori Andrews, en un encuentro celebrado en Chicago por la Sociedad norteamericana de fertilidad, citó el caso de un médico que donó, siendo joven, el esperma con el que se fecundó a 33 mujeres en el Distrito de Columbia. Treinta años después, aconsejó a sus hijos que no casaran con alguien que haya nacido en ese distrito. 179

Podría calificarse de exagerada esta posición y la posibilidad de relaciones incestuosas, más sin embargo, es un peligro latente. Ello debido a la falta de disposiciones jurídicas orientadas a regular la donación y utilización de células germinales, así como de las prácticas inseminatorias. Este vacío legal, presente en mayor o menor grado en todos los países, se acentúa aún más en nuestra nación. No existe siquiera consenso sobre el número de instituciones que practican estas técnicas; se calcula en E.A.U. el funcionamiento de 25 bancos de espermas, 16 en Francia, 12 en Australia y aproximadamente - otros 20 repartidos en diferentes países entre los cuales se menciona Brasil, Colombia y España. 180

Otros autores afirman la existencia hasta el año de 1985- de aproximadamente 450 centros para la inseminación artificial:

177. Sanguino Madariaga, Alario. "La Inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Estudios de Derecho, Colombia, vol. 40, - núm. 100, p. 387.
178. Terra Ziporyn, "Inquietudes Médico-Sociales sobre la reproducción - humana artificial", Revista Chilena de Derecho, Chile, vol. 13, núm. 2, mayo-agosto 1986, p. 291.
179. Loc. cit.
180. Ibid., p. 290.

90% en E.U.A., y el resto en Europa Occidental, Australia y Oriente. 181.

La Ley española sobre técnicas de reproducción asistidas, en su artículo cinco, apartado siete, señala que de un mismo donante no deberán nacer más de SEIS hijos, fuera de esta regulación no existe otra que limite el número de hijos que puedan ser engendrados por un donante de semen.

La Sociedad norteamericana de fertilidad ha propuesto un máximo de cinco embarazos que puedan originarse utilizando semen de un donante en una ciudad y a 15 en todos los E.U.A. 182, y algunos centros no fijan límite.

8) Inseminación artificial "post-mortem;"

La Inseminación de la esposa viuda con semen del esposo fallecido conservado por congelación es un problema, que con excepción del Derecho español y sueco se encuentra lejos de encontrar una regulación en los textos jurídicos.

Quienes tratan este tema se ven obligados a analizar el caso Parpalaix: Es la realidad de una esposa que quiso después de fallecido su esposo llegar a ser madre utilizando el esperma que su pareja había depositado con anterioridad en el CECOS (Centro de estudio y de conservación del esperma).

La sentencia promulgada en agosto de 1984 por el juzgado civil fijó el límite del problema a resolver, en los siguientes puntos:

1. Se refiere sólo a la entrega de los envases que contienen el semen conservado a la viuda. La cuestión de la inseminación

181. Zárate Arturo, Mac Gregor, Carlos. "Fertilización extracorpórea; aspectos médicos y económicos". Ob. cit., p. 30.

182. Terra Ziporyn, Ob. cit., p. 291.

nación dependería exclusivamente de la conciencia de la viuda y su médico.

2. No era materia de litis esa jurisdicción, lo relativo a la filiación del niño en caso de que naciera.¹⁸³

Es importante este caso ya que los jueces tomaron partido sobre ciertos puntos determinantes para delimitar el caso. Se estableció previamente la naturaleza del acuerdo entre el Sr. Parpalaix y el CECOS y el carácter ilícito del contrato.¹⁸⁴

Al tratar la naturaleza del contrato, se excluyó la aplicación de las reglas del depósito, porque el semen no es una cosa destinada al mercado. Se trata de una secreción que contiene el germen de vida destinada a la reproducción humana. Se consideró imposible su encuadramiento en las donaciones de órganos. Finalmente, concluyó el tribunal que el convenio celebrado entre las partes "constituía un contrato específico -- que comportaba para el CECOS la obligación de conservación y de restitución al donante, o de entrega a aquella para quien -- el esperma estaba destinado".¹⁸⁵

En lo concerniente al segundo punto, se dijo: "Ni las -- condiciones de conservación o de entrega del esperma de un marido fallecido, ni la inseminación de su viuda están prohibidas, ni siquiera organizadas por un texto legislativo o reglamentario. Por otra parte éstas no contrarían el derecho natural, ya que uno de los fines del matrimonio es la procreación".¹⁸⁶ Hasta aquí el caso Parpalaix.

183. Loi, María. "Observaciones con respecto al caso Parpalaix", Revista Internacional de Derecho Contemporáneo. Bruselas Bélgica, núm. 2, 1981, p. 102.

184. Ibid., p. 103.

185. Loc. cit.

186. Loc. cit.

Sin embargo, el problema de filiación se origina al interpretar las disposiciones legales que la regulan, conduciéndonos al siguiente absurdo: Se presume que el marido es el padre de los hijos concebidos por su esposa durante el matrimonio, involucrando la presunción de legitimidad en función del período legal de la concepción del hijo, obvio es que los hijos nacidos de la viuda después de transcurridos los 300 días desde que su matrimonio quedó disuelto ipso iure por muerte del esposo (artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal a contrario sensu), no se presumen concebidos en ese matrimonio. Por consiguiente, el marido premuerto no será su padre.¹⁸⁷

Si seguimos rigurosamente el postulado de considerar las normas sobre filiación y en general sobre el estado civil de las personas como de orden público y de interpretación estricta, llegamos a una conclusión irracional modificando diametralmente los hechos al reconocer efectos jurídicos a la heteroinseminación. Sin existir un sustento biológico se atribuye la paternidad al esposo de la madre sin importar el origen genético del esperma y medie o no consentimiento del esposo para tal práctica. El caso opuesto: El contenido de los artículos 324 fracción II, y 325 del Código Civil para el Distrito Federal, niegan la paternidad al hijo concebido por inseminación artificial homóloga realizada luego de fallecido el marido.¹⁸⁸

Otras interrogantes que se formulan, son las siguientes:

1. ¿Cuánto tiempo deberá mantenerse congelado el semen?
2. ¿Qué hacer si no es utilizado?
3. ¿Quién ordenará su destrucción y cómo?

187. Sanguino Madariaga, Alario. "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad". Ob. cit., p. 199.

188. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 313.

Sobre este tema, hablaremos en el capítulo siguiente. Sin embargo, adelantamos que la inseminación artificial post-mortem no debe de permitirse. No obstante, se deben crear los recursos legales para establecer la filiación paterna del hijo habido en esta hipótesis, y desalentar su práctica por otro mecanismo.

Sobre el almacenamiento de células germinales masculinas y femeninas sostenemos que, sólo se debe permitir a las instituciones autorizadas por ley, y al progenitor genético. Podrán permanecer almacenadas por un tiempo máximo v. gr.: tres años. Luego de vencido el plazo, o el progenitor muere, o no se puede localizar no podrán emplearse con fines reproductivos y deberán ser destruidas por los técnicos del centro de conservación y almacenamiento.

D) El hijo y los métodos de concepción artificial

El hijo, para ser considerado legítimo, según nuestro ordenamiento legal, debe ser concebido en el matrimonio y no simplemente nacer durante él.

La maternidad del hijo tradicionalmente es susceptible de prueba directa por el hecho del parto que puede ser percibido por los sentidos. La paternidad, en cambio, se infiere de una serie de presunciones básicamente de cohabitación y fidelidad.

1. Filiación materna.

En nuestro sistema jurídico, la filiación materna del hijo se determina del solo hecho del nacimiento (artículo 360),-

189. Rojina Villegas, Rafael. Compendio de derecho civil, T. I., Ob. -- cit., o. 432.

Independientemente de la procedencia del óvulo o huevo. Madre es la que lleva al hijo en su vientre y la que da a luz. Por lo anterior, no existe forma legal para que el hijo procreado por encargo pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. 190

2. Filiación paterna.

a) Legitimidad en la inseminación artificial homóloga.

No se cuestiona la legitimidad del hijo concebido por este procedimiento, independientemente del consentimiento del marido. Se cuenta con todos los elementos para la fertilización, la concepción se realiza en personas unidas en matrimonio, lo único diferente es el procedimiento por el cual se ha introducido el semen. 191

b) Legitimidad en la inseminación artificial heteróloga.

Este tema ha sido planteado en los tribunales Norteamericanos principalmente. Sus decisiones, no siempre se han orientado en el mismo sentido:

En el caso *Duornbos v. Dournbus*. 53, 513, 875 Illinois, - noviembre 1954, se decidió que un niño producto de inseminación artificial heteróloga era ilegítimo. Un año después, en el mismo Estado, en el caso *Ohlson v. Ohlson*. No. 54s. 138, - 875. septiembre 1955, el tribunal sostuvo que era legítimo. 192

En el caso *Gursky v. Gursky*. 242. NYS. 2d. 406 (Nueva - York) 1964, se decidió que era ilegítimo. 193

190. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 317.

191. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 314.

192. Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 78.

193. Loc. cit.

El caso *People v. Surese* 1968, es trascendente. Se declaró que el niño producto de inseminación artificial heterólogo no tiene un padre natural, pues el donante no es responsable de lo que ocurra con su esperma y una vez que el esposo da su consentimiento para tal práctica, reconoce las responsabilidades que ésta conlleva especialmente la paternidad y la maternidad. A pesar de que no decide sobre la legitimidad, señala que un niño así concebido dentro de un matrimonio válido NO es tó ilegalmente engendrado por no ser producto de una relación ilícita o adulterina. ¹⁹⁴

En el caso *In re adoption of anonymous!* 345 NYS, 2d. 430 (Nueva York) 973. Procedimiento de adopción. El niño adoptado era producto de inseminación artificial heteróloga, el tribunal decidió que habiendo mediado el consentimiento del esposo el niño es, para todos los efectos legales, legítimo. En consecuencia, si dió su consentimiento para la realización de la inseminación artificial es padre según la ley y tiene que dar su consentimiento para darlo en adopción. ¹⁹⁵

En nuestro país, de la aplicación del principio *'pater is est quem nuptiae demonstrant'*, plasmado en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, los hijos concebidos bajo esta hipótesis serán de matrimonio y en consecuencia legítimos. ¹⁹⁶

Nuestra legislación, no contempla el supuesto de que la esposa se haga inseminar con semen de un dador sin el consentimiento del marido. Si nace un hijo por este método, su filiación no se modifica, haya dado o no el esposo su consentimiento, sería siempre atribuido al marido de la madre. ¹⁹⁷

194. Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 78.

195. Loc. cit.

196. García Mendieta, Carmen. Ob. cit.,

197. Loc. cit.

Sin embargo, si se sabe que el marido no es el padre, no se puede sostener su legitimidad, tampoco el consentimiento -- del marido otorga esta legitimidad. Las acciones de desconocimiento en favor del marido previstas en los artículos 325 y -- 326 del Código Civil para el Distrito Federal no son aplicables. Por lo tanto, la legitimidad del hijo de un tercero que da asegurada no obstante se conozca que el marido no es el padre, aun cuando se tengan indicios idóneos de prueba. 198

c) Hijos concebidos por inseminación artificial heteróloga post-mortem.

Este es, a nuestro juicio, uno de los problemas medulares que suscitan los nuevos métodos de concepción artificial.

Recordemos que la legitimidad del hijo radica en la existencia o no del vínculo matrimonial. El hijo dado a luz 300 días después de disuelto el matrimonio, sea por divorcio, nulidad o muerte (artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal) no está amparado por la correspondiente presunción de paternidad. En la actualidad, con los bancos de semen es factible que una mujer viuda se insemine con células germinales de su occiso marido, previa recolección; por consiguiente, pueden nacer hijos genéticos del esposo fallecido, no sólo después de los 300 días, sino más tarde.

La interrogante: ¿Cuál es el estado familiar de esos hijos?

- a) No son legítimos, la concepción no se verificó durante el matrimonio, el marido premuerto no será su padre.

198. Escobar Trujillo, P., "La inseminación artificial de la mujer ante el derecho civil colombiano", Ob. cit., p. 364.

- b) No podrán ser legitimados, esta figura jurídica se encuentra reservada a los hijos concebidos antes del matrimonio de los padres, lo que resulta imposible en la inseminación post-mortem.
- c) No son hijos naturales, el padre no los podrá reconocer porque ha muerto.

Por lo tanto, se llega a la conclusión de que la ley les niega toda posibilidad para establecer su relación paterno-filial.¹⁹⁹

De esta forma, la ausencia de legislación al respecto nos conduce a interpretaciones jurídicas absurdas, atribuyendo como padre una persona que genéticamente se sabe NO lo es. El hijo fruto de inseminación artificial, tendrá derecho a llevar el apellido de un extraño, de un individuo que no es su padre. Por el contrario, cuando se parte de un hecho biológico bien identificado (conocer la identidad del padre genético), la ley niega al hijo concebido post-mortem toda posibilidad para establecer su filiación paterna, negándole el derecho a llevar el apellido de su padre, a recibir alimentos, así como derecho a la porción hereditaria.

La doctrina se muestra disconforma, autores como Roberto Maraury considera "que los hijos así habidos serían ilegítimos ante el código como habidos fuera del matrimonio. Puesto que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges".²⁰⁰

199. Escobar Trujillo, P., "La inseminación artificial de la mujer ante el derecho civil colombiano", ob. cit., pp. 362 y 363.

200. Sanguino Madariaga, A., "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", ob. cit., p. 199." Ibid., p. 200.

Para Zannoni, "la paternidad debe atribuirse al marido - premuerto que genéticamente es el autor de la concepción. En consecuencia como se trata de un hijo concebido por marido y - mujer, el hijo es legítimo".

En nuestros días, el Sistema jurídico español es el único en regular la Inseminación artificial 'post-mortem' con un mecanismo, salvo mejor opinión, criticable por una orientación mal enfocada.

d) Filiación del hijo de mujer sola concebido con la participación de un dador de semen

Como no existe presunción de que la mujer haya cohabitado con un hombre en lo particular, el vínculo filial paterno se - establecerá sólo mediante el reconocimiento o un juicio de investigación de la paternidad. Jurídicamente sería un hijo natural de la mujer y de padre desconocido. 201

Nuestra legislación permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio. De las cuatro posibilidades plasmadas en el artículo 383 del Código Civil es aplicable, a nuestro tema, la fracción IV, cuyo contenido es - el siguiente:

"Art. 382. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida: ...

...IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba va contra el pretendido padre".

Por principio de prueba se entiende cualquier indicio - cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en -- juicio, pudiendo el hijo a partir de ese indicio individual--

201. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 308.

zan, sin duda alguna, al autor del embarazo de su madre, en -- consecuencia ser[ia] igualmente declarado padre y estaría sujeto a las obligaciones que surgen de la filiación. 202

En términos de la actual redacción del Código Civil para el Distrito Federal, el ejercicio de esta acción se reserva a los hijos nacidos fuera de matrimonio, por lo mismo, le corresponde al hijo habido por inseminación artificial heteróloga de mujer libre de matrimonio, ya que el hijo es calificado como extramatrimonial... Su ejercicio se encuentra vedado a los hijos de mujer unida en matrimonio porque el artículo 324 les -- confiere, presuntivamente, la calidad de legítimos. Si consideramos el texto del artículo 374 del Código Civil vemos de -- nuevo cómo la ley cierra otra puerta para establecer la filiación del hijo producto de inseminación artificial heteróloga y en general cualquier método de concepción artificial en donde se emplee células germinales de un dador.

"Art. 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo de otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por -- sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo".

e) Acciones del hijo para establecer su relación filial.

Estas acciones son dos: El recurso de investigación de -- la paternidad o maternidad, y el de reclamación de estado. Co -- mo hemos visto, son insuficientes para solucionar los conflictos filiales para los hijos habidos con la participación de un dador de semen por medio de los diferentes métodos de concep -- ción artificial. Sus principales diferencias las señalamos en el siguiente cuadro comparativo: 203

202. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 308.
203. Galindo Garfias, Ignacio. Ob. cit., p. 643.

Acción de Investigación - de la paternidad o maternidad:

1. Tiene por finalidad establecer la filiación legítima o natural.

2. Se intenta en vida de los padres, o dentro del plazo de 4 años siguientes en que aquel llegó a la mayoría de edad si sus padres murieron cuando era aún menor de edad (artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal).

3. No procede en contra de una mujer casada.

Acción de reclamación de estado:

1. Concedida a los hijos nacidos de matrimonio.

2. Es imprescriptible para el hijo y sus descendientes (artículo 347 del Código Civil para el Distrito Federal).

3. El efecto de ejercer la acción de investigación de la maternidad, sería el de una acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio.

De esta forma, el hijo de una mujer unida en matrimonio, concebido con el auxilio de un dador de células germinales, se encuentra en la siguiente realidad:

1. El esposo de la madre (padre social), si desea destruir la presunción de paternidad, no logrará su finalidad por que no son aplicables las hipótesis previstas en los artículos 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

2. El dador (padre genético) que desea reconocer al mismo hijo no podrá acreditar su relación filial toda vez que la ley no lo permite. (Artículo 374 del Código Civil para el Distrito Federal).

3. El hijo no podrá ejercitar la acción de investigación de paternidad por estar reservada a los hijos extramatrimoniales, se presume su legitimidad, misma que no puede ser destruida.

Resulta absurda esta situación, la ley es el obstáculo in salvable para establecer la verdad de los hechos. Si bien se pretende una seguridad jurídica para el hijo a través de un -- sistema cerrado de desconocimiento de paternidad, éste es un -- impedimento potencial para su sana madurez emocional, pensemos en el padre social que no acepta al hijo de un dador de semen luego de su nacimiento al no poder destruir el vínculo filial que la ley le imputa, originaría en el mejor de los casos indiferencia y rechazo. Por otra parte, el padre genético --dador de semen--, si desea reconocer al hijo, no podrá hacerlo porque la ley no lo permite.

La opción inmejorable para solucionar este problema es -- otorgar al hijo los recursos legales necesarios para iniciar -- un juicio de investigación de paternidad, y para ello se necesita de un sistema abierto de desconocimiento de paternidad.

V. CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA O SUSTITUTA

El primer ejemplo registrado en la literatura lo encontramos en el antiguo testamento. Saray, esposa estéril de Abraham, dijo a su marido: "Mira Yahveh me ha hecho estéril. Llegate, - pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella". 204

Es así como Agar, la esclava dió a luz a Ismael y lo entregó a Abraham cuando éste tenía ochenta y seis años de edad. 205

Se trata de un caso de doble maternidad. Agar la esclava, es madre genética y fisiológica. Saray esposa de Abraham, funciona como madre social. Y a la luz de nuestro ordenamiento civil, Ismael es hijo ilegítimo o extramarital.

A) Caso "Baby M"

Antes de entrar al análisis jurídico del contrato de maternidad subrogada, para una comprensión integral de él, y para formular una solución que ponga un final feliz a este conflicto, hablaremos del caso "Baby M", ventilado en el Estado de Nueva Jersey E.U.A.:

En el año de 1985, el Sr. William Stern y su esposa Elizabeth, bioquímico y pediatra respectivamente, celebraron con Mary Beth Whitehead casada, un contrato de maternidad subrogada de alquiler. Estipulando en el contrato que se pagaría a la madre suplente 10,000.00 U.S.A., más gastos médicos. Pago que nunca fue aceptado por la Sra. Whitehead.

Nacida la criatura, la Sra. Whitehead la llevó a casa, y la recogieron los esposos Stern tres días más tarde. Al día-

204. Génesis, 16,1

205. Ibid., 16,6.

siguiente, la Sra. Whitehead recuperó a la niña, a su vez los esposos Stern intentaron se les devolviera. Ante la negativa de aquélla, los esposos Stern en los meses siguientes recobraron la custodia temporal del bebé mediante orden judicial. En tanto se resuelve el caso, se permitió a la Sra. Whitehead ver y estar junto a la criatura dos horas dos veces por semana. La menor fue llamada por la Sra. Whitehead, Sara; los Stern la llamaron Melisa, y en el tribunal se conoce como caso "Baby M".

Ahora bien, los esposos Stern alegan que la Sra. Stern no puede procrear por razones médicas, y la Sra. Whitehead sostiene y se propone probar que la Sra. Stern sí puede procrear, pero que contrató con ella, ya que el embarazo impedía el ejercicio de su profesión.²⁰⁶

1. Resolución en primera instancia.

Harvey Sarkow, juez del Condado de Bergen Nueva Jersey, - E.U.A., resolvió que la Sra. Whitehead violó el contrato. Una custodia conjunta no es el resultado apropiado para el primer pleito judicial sobre un niño nacido de un contrato de maternidad y decidió:

1. La madre alquilada Mary Whitehead (madre genética y fisiológica), es privada de todo derecho materno sobre la niña.
2. Entrega y confía al padre natural la custodia definitiva de "Baby M".
3. Entabla al mismo tiempo un procedimiento de adopción para la esposa de aquél (Elizabeth Stern).

Para emitir esta sentencia. El juez se basó en los siguientes considerandos:

206. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituto o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler", Revista Judicial, Costa Rica, año XII, Núm. 42, marzo 1988, pp. 139 y 140.

1. Que la madre sustituta puede en todo momento dar por terminado el contrato de maternidad subrogada hasta antes de la concepción del bebé (fecundación). El hombre contratante no puede exigir el cumplimiento del contrato.

2. Después de la concepción, como la mujer goza del derecho constitucional para determinar la manera en la cual puedan ser usados su persona y su cuerpo; la madre subrogada, con exclusión del donador, tiene derecho a decidir si aborta o no al feto.

3. Si ocurre el nacimiento, la solución se bifurca; a) Exigir el cumplimiento y la entrega del bebé; o b) entablar una acción de filiación con motivos diferentes.²⁰⁷

Por lo anterior, el Juez Harvey Sarkow resolvió que el contrato de maternidad subrogada, sujeto a su jurisdicción es válido en las siguientes palabras:

"... 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 la concepción. El hombre dió su semen; la mujer dió su óvulo en su esfuerzo planificado para crear un niño. Por ende, (hay) un contrato".²⁰⁸

2. Resolución en segunda instancia.

El tres de febrero de 1988, el Tribunal Superior de Nueva Jersey resolvió en apelación y por unanimidad, que el contrato de maternidad subrogada celebrado entre Mary B. Whitehead y los esposos Stern era nulo e inexigible por ser contrario a la

207. Silva Ruiz, Pedro. "Panorama general de la fecundación humana asistida en los E.U.", Ingeniería genética y reproducción asistida, Madrid, España, ed. Mariano Barbero Santos, 1989, pp. 332-334.
208. Boletín de información, Ministerio de Justicia, Madrid, España, año XLII, núm. 1503, 15 de septiembre, 1988, p. 3901.

ley y al interés público del Estado. Se pronunció en los siguientes términos:

1. Declara nulas las disposiciones contractuales que prevaban a la madre subrogada del derecho materno-filial sobre su hija.

2. Declara nula la adopción de "Baby M" por la esposa -- del hombre que facilitó el esperma, Sr. Stern padre biológico.

3. Restituye a la Sra. Whitehead, madre subrogada, sus derechos y obligaciones maternas sobre la criatura y declara que la madre biológica y gestante (Sra. Whitehead) era la madre legal.

4. Concede la custodia de la niña a su padre biológico y legal, por estar en mejores posibilidades para su ejercicio.

5. Devuelve el caso al Tribunal de instancia para que resuelva sobre los derechos de visita de la madre sobrogada. ²⁰⁹

Para decidirse en este sentido, el Tribunal ~~adquem~~, fundamentó su decisión en los siguientes puntos:

1. Dentro de los fines principales del contrato en cuestión, se encontraba la de lograr la adopción. El uso de dinero con este propósito es ilegal, y el dinero dado a Mary B. -- Whitehead fue en pago de una adopción y no por sus servicios personales.

2. Que la renuncia, terminación o concesión de los derechos materno-filiales son de interés público y procede una vez cumplidos los requisitos de ley, lo que no ocurrió en este caso. ²¹⁰

209. Silva Ruiz, Pedro. "Panorama general de la fecundación humana asistida en los E.U." Ob. cit., pp. 367-368.

210. Boletín de información, Ministerio de Justicia, ob. cit., p. 3901.

Dentro de la resolución que analizamos, se encuentran dos pronunciamientos de interés, por su importancia, los transcribimos a continuación:

Primero. "El mismo tribunal señala que no es ofensivo al ordenamiento jurídico vigente en el Estado de Nueva Jersey el que una mujer voluntariamente y sin que medie pago convenga en ser madre subrogada, siempre que ella no esté vinculada a renunciar a su criatura". 211

Por lo tanto, son elementos ofensivos en el caso "Baby M": el pago de dinero y la renuncia de derechos materno-filiales.

Segundo. "Concluimos que el derecho a la procreación es mejor entendido y protegido si se limita a sus (elementos) - esenciales, y que cuando se trata de (otros) derechos relativos a la criatura resultante (custodia, cuidado, compañía), diferentes intereses entran en juego". 212

3. Comentarios.

No cabe la menor duda, ambas resoluciones motivan explicaciones interesantes y preguntas sin respuesta.

1. Así, la sentencia en primera instancia, nos muestra - hasta donde un sistema jurídico puede respaldar la voluntad contractual de las partes. En este caso, y a la luz del Derecho mexicano vigente, extralimitándose. La madre de alquiler y la hija se reducen a objetos y pierden su calidad de sujetos de derecho.

2. La creación, observancia y aplicación de las normas legales no puede abstraerse de los valores éticos y morales reconocidos y aceptados por la sociedad. La resolución del Juez -

211. Boletín de información, Ministerio de Justicia, Ob. cit., p. 3901.
212. Loc. cit.

Harvey Sarkow es cien por ciento técnica sin considerar los aspectos axiológicos del derecho.

3. El Tribunal de alzada, al permitir la maternidad subrogada, siempre y cuando no exista pago ni renuncia a la criatura por gestar, es un pronunciamiento absurdo, toda vez que la maternidad subrogada conlleva en forma implícita la renuncia al vínculo materno filial.

4. En cuanto hace al derecho de la procreación, plasmado en la resolución de segunda instancia, sostenemos que tal derecho es inexistente. Veremos en puntos subsiguientes de este trabajo que un ordenamiento legal no puede reconocer un derecho a tener hijos por ser inoperante. La concepción, gestación y parto de un ser humano están sujetas a procesos biológicos ajurídicos. Es diferente si hablamos de un derecho a realizar los actos lícitos encaminados a la procreación, sin garantizar el resultado final (nacimiento del bebé).

5. Si reconocemos la diversidad de intereses ligados a la maternidad subrogada sin jerarquizarlos, llegamos a una posición sin definir. Se distingue un mal llamado derecho a la procreación; se permite la maternidad subrogada en tanto no exista pago ni renuncia a los lazos materno-filiales; y se reconocen derechos a la criatura así concebida.

Desde nuestro modesto punto de vista, creemos que el interés y derecho supremo corresponde al hijo, los restantes deben subordinarse a él.

6. La litis planteada en ambas instancias versó sobre la validez del contrato de maternidad subrogada, y se resolvió la filiación materna de "Baby M". En esta hipótesis, Mary B. - Whitehead era madre genética y gestante. Pero, ¿qué ocurre si la madre gestante no proporciona su óvulo y lo recibe de la madre social?, es decir que la Sra. Stern aportara su óvulo y la

Sra. Whitehead se limita a gestar y parir al embrión concebido 'in vitro' y que es genéticamente ajeno a ella. En esta situación ¿cómo se determinará el vínculo filial?, ¿qué interés prevalecerá?, ¿bajo qué criterio se conducirá el Juez?, ¿qué factor prevalecerá el genético o el fisiológico?

Si bien, la resolución que analizamos puso fin al caso -- "Baby M", y crea un importante precedente en aquél país sobre la validez legal del contrato de maternidad subrogada, el Sistema jurídico norteamericano enfrenta otras posibilidades no previstas en la sentencia que comentamos. Las dimensiones del conflicto se han reducido pero sigue vigente.

B) Concepto.

Son varias las definiciones formuladas por la doctrina sobre este contrato, entre ellas, tenemos las siguientes:

1. Concebirlo 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". 213

2. "Es el contrato de una mujer con un matrimonio, inseminándose artificialmente con semen del esposo de aquella otra mujer, para concebir, gestar y dar a luz o procrear un niño cu ya custodia renunciará para que sea adoptado por la esposa de aquél con cuyo semen fue inseminada". 214

3. "La maternidad de alquiler o maternidad subrogada es aquél caso en que realizadas las primeras fases de la fecundación como apuntamos para la fecundación 'in vitro', los embriones formados no son implantados en la madre biológica, sino en

213. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente - o subrogada; la maternidad de alquiler", Ob. cit., p. 140.

214. Ibid., p. 141.

otra mujer que cede o alquila su útero para continuar el embarazo. Ello es debido 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: 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 cederá en adopción a la pareja que ha alquilado sus servicios y, una segunda posibilidad consistente 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".²¹⁵

4. Alberto Pacheco, distingue dos hipótesis dependiendo del interés en juego, y lo denomina 'Contrato de gestación'.

- A) En interés de los proveedores: "El contrato de gestación es por lo tanto el acuerdo que se celebra entre los proveedores (masculino y femenino) de las células germinales, y la mujer que está conforme en que le sea implantado el óvulo ya fecundado, para su desarrollo hasta el momento del parto, la cual por lo tanto, cumple el papel de probeta en relación con el embrión".
- B) En interés de la gestadora: Como el contrato celebrado "entre la gestadora y una institución que a su solicitud fecunda un óvulo y lo implanta en la solicitante", los proveedores serán anónimos o su identidad se mantendrá en secreto por la institución".²¹⁶

En las definiciones expuestas, podemos observar la dificultad existente para resumir en unas líneas este contrato, ya que de alguna u otra manera todas son limitadas:

215. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente u subrogada; la maternidad de alquiler", Ob. cit., p. 140.
216. Pacheco, Escobedo, Alberto. Ob. cit., p. 114.

La primer definición, pensamos, es la más completa ya que abarca tanto la inseminación artificial como la fecundación extracorpórea 'in vitro'; sin embargo es limitada en cuanto a -- las partes, al mencionar: 'para otra mujer', excluye las posibilidades de un matrimonio o un hombre solo. Igualmente es -- omisa, al no especificar si aportará sólo el útero, o el útero y su óvulo.

La segunda definición comprende exclusivamente el supuesto de inseminación artificial, no el de fecundación extracorpórea 'in vitro'.

La tercera, es otra definición muy completa, limitada la fecundación extracorpórea 'in vitro', excluye la inseminación artificial, desde un punto de vista ortodoxo, dentro de la técnica de Steptoe y Edwards es la más completa.

La cuarta, de igual forma, hace referencia exclusiva a la fecundación extracorpórea y no prevé la inseminación artificial.

Por lo anterior, hemos intentado una definición personal, en los siguientes términos:

Por maternidad subrogada o sustituta debemos entender -- aquel contrato celebrado por una mujer llamada 'madre de alquiler' y otra persona llamada 'proveedor' (matrimonio, persona física o moral), en virtud del cual, la primera cede o alquila su útero o éste y su óvulo a la segunda, para que le sean introducidos las células germinales o el embrión proporcionado -- por el proveedor; obligándose la primera, según el caso a concebir, gestar y parir al individuo resultado de tal práctica, -- cuya custodia renunciará en favor de la proveedora.

C) Sujetos participantes

No sólo las partes contratantes, sino aquellos implicados directa o indirectamente con la realización y ejecución de este contrato:

1. Madre de alquiler

"Son mujeres que aceptan mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante espermatozoide del varón que aparecerá como padre y un ovocito de la mujer que aparecerá como madre para producir el parto, entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de la cantidad fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto". 217

Distinguimos dos variantes: a) si el embarazo se lograra mediante inseminación artificial, la mujer gestante además de su útero proporcionará el óvulo; b) lograr el embarazo a partir de donadores de espermias y óvulo, así el hijo logrado no tendrá ningún vínculo biológico con la persona que asumirá la paternidad y maternidad. 218

2. Proveedores.

Son las personas que proporcionan el material genético -- sin importar si las células germinales sean biológicamente suyas, en otras palabras son los que disponen del semen u óvulo. Pueden serlo:

a) Un matrimonio.

217. González Trevisano, Pedro. Ob. cit., p. 106.

218. Ibid., p. 107.

b) Una persona física: un hombre, una mujer, o bien ambos. Pero en todos los casos libres de matrimonio.

c) Una persona moral: Los hospitales y clínicas que manejan bancos de células germinales, deben ser diligentes y responsables en la selección de los donadores.²¹⁹ Ante la inexistente regulación, la anterior afirmación se convierte en una simple formulación doctrinaria de realización distante. De igual forma, funjirá como intermediario entre la madre de alquiler con quien contratará directamente y el o los sujetos interesados en el bebé, quienes asumirán la custodia y se ostentarán socialmente como padre y/o la madre de la criatura.

3. Donadores o dadores.

Quienes aportan las células germinales, semen u óvulo, extraños al matrimonio, anónimos o conocidos, casados o solteros. Puede ser un acto gratuito u oneroso, informado o no según se explique al donador si su material genético será utilizado con fines procreativos y la trascendencia que ello implica, o bien, si está destinado a otros fines como la investigación.

4. Agente técnico.

Aquel que realizará la técnica de concepción artificial - inseminación artificial, fecundación extracorpórea 'in vitro', transferencia intratubaria de gametos o transferencia de embriones), en la mayoría de los casos médico, aunque podría tener otra calificación, un genetista, un biólogo, o cualquier persona con los conocimientos necesarios.²²⁰ Recordemos que la inseminación artificial es tan simple que hasta una mujer -

219. Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 76.

220. Sanguino Madariaga, A., "La inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Estudios de Derecho. Colombia, vol. 40, núm. - 100, 1981, p. 403.

puede hacerlo por sí misma, no así los restantes métodos que son más complicados y requieren de un gran aparato médico material y humano.

D) Clasificación del contrato.

1. Desde un punto de vista de las obligaciones generadas, es un contrato bilateral, produce obligaciones para ambas partes.

2. Tomando en consideración los provechos y gravámenes que genera puede ser oneroso o gratuito, según se pacte precio o no.

3. Es aleatorio porque los provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato.

4. Consensual en oposición a real.

5. Consensual, la ley no exige forma determinada.

6. Principal, no depende de ninguna otra obligación.

7. De tracto sucesivo, las prestaciones de las partes se ejecutan o cumplen dentro de un lapso de tiempo determinado.

8. Inominado totalmente, la ley no lo contempla, no señala sus elementos, no determina sus consecuencias, ni los motivos para su terminación.

E) Elemento del contrato.

Siguiendo los lineamientos de la doctrina mexicana, trataremos los elementos esenciales: Consentimiento y objeto. - Así como los elementos de validez: Capacidad, ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto motivo o -

fin, y la forma.²²¹

1. Consentimiento.

El artículo 1794, fracción I del Código Civil para el Distrito Federal dice:

"Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere: I. Consentimiento".

De esta forma, el consentimiento se define en los términos de: "El acuerdo de voluntades constitutivo del contrato".²²² Zamora y Valencia lo conceptúan como: "La unión o conjunción de voluntades de los sujetos contratantes, en los términos de la norma para crear o transmitir derechos y obligaciones".²²³

En la maternidad subrogada existe consentimiento cuando las partes manifiestan su voluntad en forma conjunta y acorde con los términos que crean, transmiten derechos y obligaciones relacionados con la concepción, gestación y alumbramiento de una criatura.

2. Objeto.

El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal establece:

"Art. 1794.- Para la existencia del contrato se requiere: II. Objeto que pueda ser materia del contrato".

221. Zamora y Valencia Miguel Angel. Contratos Cíviles, México, D.F., Segunda Edición, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 25.
222. Boneecase Julien. Elementos de Derecho Civil, T. II. Traducción de Lic. José M. Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., 1945, p. 287.
223. Zamora y Valencia, Miguel Angel. Op. Cit., p. 27.

Los estudios del Derecho definen el objeto de los contratos como: "La prestación a que se obliga el deudor; por consiguiente, si tomamos no solamente la obligación, sino el contrato en su totalidad, el objeto de éste es la operación de conjunto que pretenden realizar las partes".²²⁴

El objeto tiene la característica de ser variable, cambia con cada obligación, y al mismo tiempo con cada contrato. No obstante existe una noción jurídica vaga de objeto, en los términos de: una prestación posible, lícita, determinada, personal del deudor, y no necesariamente apreciable en dinero.²²⁵

El Código Civil para el Distrito Federal, al regular sobre el objeto y motivo o fin de los contratos, dice lo siguiente:

- "Art. 1824.- Son objeto de los contratos:
- I. La cosa que el obligado debe dar.
 - II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

Por razones metodológicas, trataremos en primer lugar la fracción II. De este modo, el hecho que el obligado debe hacer o no hacer en el contrato de maternidad subrogada o sustituta, son las siguientes:

a) Tratándose de la madre de alquiler:

1. Permitir se practique en su persona la técnica de -- concepción artificial convenida: Inseminación artificial, fecundación extracorpórea 'in vitro', Transferencia intratubaria de gametos o transferencia de embriones.

2. Permitir el desarrollo normal del embarazo una vez -

224. Bonnacase Julien, Elementos de Derecho Civil, Ob. cit., p. 304.

225. Loc. cit.

logrado éste, desde la implantación del embrión hasta el parto.

3. Cumplir las indicaciones médicas que se le formulen con relación a la concepción, implantación, concepción, alumbramiento y parto del nuevo ser humano.

4. Abstenerse de cualquier práctica que ponga en peligro el desarrollo normal del embarazo, así como la salud del no nato.

5. Entregar el producto, y renunciar a la custodia de la criatura en favor del proveedor luego de su nacimiento.

b) Tratándose del proveedor:

1. Entrega de las células germinales y/o en su caso, - practicar la técnica de concepción artificial a la que se com prometió.

2. Solventar las erogaciones realizadas por la madre de alquiler directa o indirectamente con motivo de la concepción, implantación, desarrollo gestacional y alumbramiento del bebé.

3. Resarcir a la madre de alquiler los daños y perjuicios que tal práctica le ocasione.

4. En su caso, si se pacta, entregar la cantidad de dinero fijada como remuneración.

5. Recibir y ejercitar la custodia del bebé independien temente de su conformación física o de su estado de salud.

En lo concerniente a la fracción I del artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, la cosa que el obligado debe dar, sostenemos lo siguiente:

El mismo ordenamiento señala los requisitos que deberá reunir el objeto materia del contrato en los términos que a continuación reproducimos:

"Art. 1825. - La cosa objeto del contrato debe: -
1. Existir en la naturaleza; 2. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie; 3. Estar en el comercio".

Vemos como del contenido de estas disposiciones jurídicas surge el obstáculo insalvable para la existencia del contrato de maternidad subrogada. En primer lugar habremos de delimitar 'la cosa que el obligado debe dar', podría ser:

1. Las células germinales, el útero o éste y un óvulo.
2. La gestación y parto de una criatura.
3. La entrega del bebé una vez concluido el parto.

Si consideramos válidas estas posibilidades, sólo se cumple con los dos primeros requisitos que señala el artículo -- 1825, es decir, existen en la naturaleza y son determinados o determinables, más no con el tercero. La Ley General de Salud, en el Capítulo cuarto, artículo 462, fracción II, sanciona y por lo tanto no permite el comercio con órganos, tejidos, incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos. Y sanciona su práctica con prisión de dos a seis años y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo vigente en la zona económica de que se trate.

En el contrato de maternidad subrogada, no sólo se comercializa con el útero como órgano, principalmente es la función que desempeña, lo mismo ocurre en los trasplantes de órganos, se utilizan no por lo que son materialmente, sino por la función fisiológica que desempeñan, indispensable para la conservación de la vida y la salud del hombre.

La concepción, proceso gestacional y alumbramiento de un ser humano no se reduce o limita al espacio físico que implica el útero. Todo lo contrario, se trata de un mecanismo altamente complicado, intervienen otros órganos, aparatos o sistemas, entre ellos: Ovarios, tejido hematopoyético (sangre), corazón, aparato respiratorio, sistema hormonal, etc.

Por otra parte, debemos tener presente que existencia y validez jurídica son conceptos de contenido y aplicación bien definidos. "Un acto es inexistente cuando carece de un elemento esencial a su formación de tal naturaleza que el acto es inconcebible sin él".²²⁶ Un acto jurídico es nulo cuando se encuentra privado de efectos por ley, aunque realmente haya sido ejecutado y ningún obstáculo lo haga inútil, la nulidad supone esencialmente, que el acto podría producir todos sus efectos, si la ley lo permitiera.

En este orden de ideas, cuando un acto es inexistente la ley no necesita anularlo, es un acto que existe sólo en apariencia, y es su apariencia lo que se discute. La inexistencia verdadera es incompatible con la nulidad, puesto que la nulidad es una operación que consiste en extinguir un acto efectivamente realizado y previsto de todos sus elementos.

Así los planteamientos, concluimos que el contrato de maternidad subrogada o sustituta, a la luz del Derecho mexicano vigente, es INEXISTENTE toda vez que carece de un elemento esencial para su existencia, como lo es el objeto materia del contrato.

No podemos hablar de nulidad ya que éste presupone la existencia del objeto mismo que es ilícito o inmoral.

226. Planiol, Marcel. Tratado elemental de derecho civil, Vol. 1. Ob. cit., p. 160.

De igual forma, no debemos perder de vista una posición axiológica fundamental para el Derecho, consistente en determinar que el ser humano es sujeto y no objeto del mismo. La maternidad subrogada es una involución jurídica, la mujer y el hijo pierden esa calidad, se reducen a objetos. Esta situación, salvo mejor opinión, es más importante y de mayor peso para determinar la inexistencia jurídica de este contrato.

F) Tendencia en otros países.

1. E.U.A.

La legislación que de inmediato atrae nuestro interés es la de esta nación, por ser el Estado de Nueva Jersey donde se ventilo el caso "Baby M". En la resolución final, como hemos visto, redujo las dimensiones del problema, más no existe un pronunciamiento general que prohíba estos contratos. No es éste el único caso, así tenemos que en el Tribunal del Estado de Michigan, en el *Doe v. Kelly*, negó ordenar el pago a la madre suplente por sus servicios, fundamentándose en que la ley prohibía pagar dinero a cambio de la entrega de un menor para su adopción, sin pronunciarse expresamente sobre la validez de un contrato de maternidad subrogada. De igual forma, en el Tribunal de Michigan, en el caso *Sryksk v. Appreyrid* no resolvió sobre la validez del mismo. En Kentucky, el Procurador General emitió en 1981 una opinión sosteniendo la ilegalidad de los contratos de maternidad subrogada y por consiguiente su exigibilidad en ese Estado, fundó su opinión en la no admisión del pago de dinero a cambio de la entrega de un menor para su adopción y en una ley que prohíbe la adopción antes del matrimonio. ²²⁷

Se postula la necesidad de aprobar legislación especial -

227. Silva Ruiz, Pedro, "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler", Ob. cit., p. 142.

que resuelva la problemática que suscitan estos contratos. - Son varios los proyectos que se han presentado, sin que ninguno haya sido aprobado aún. La legislación sobre inseminación artificial es insuficiente para solucionar los problemas jurídicos que la maternidad subrogada genera. 228

2. Reino Unido de Gran Bretaña.

Legislación aprobada en Irlanda del Norte prohíbe la publicidad, fomento comercial y cualquier ayuda que convenga un contrato de maternidad subrogada. El único caso inglés jurisdiccionalmente informado fue declarado nulo por un tribunal competente. 229

El informe Warnock recomienda aprobar legislación que sancione penalmente la práctica de la maternidad subrogada, sea su publicidad o reclutamiento de mujeres con esta finalidad, así como declarar su ilegalidad, por consiguiente inejecutables en tribunales. No obstante, en el Capítulo de Disentimientos señala que los tribunales deben tener facultades para considerar cada caso en lo particular. 230

3. Canadá.

De conformidad con el Derecho Civil de Quebec, se duda sobre la validez en el objeto de este contrato por implicar el alquiler de las funciones y servicios reproductivos de una mujer. Consideran contrario al orden público procrear un niño para renunciar a su patria potestad luego de su nacimiento. 231

228. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler", *Ob. cit.*, p. 142.

229. *Ibid.*, p. 143.

230. "Informe Warnock", p. 15, Mier y Terán Siena, S., Régimen Jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, *ob. cit.*

231. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler", *ob. cit.*, p. 143.

4. Australia.

El Estado de Victoria ha legislado disponiendo la nulidad del contrato de maternidad subrogada. Es delito castigado con multa o cárcel dar dinero o recibirlo por ayudar a su realización o contratar el mismo. 232

5. España.

Es la primera nación que emite una legislación en donde se contempla textualmente este contrato, el artículo 10 apartado primero de la Ley sobre Técnicas de reproducción asistida, aprobada por el Congreso de los Diputados el 31 de octubre de 1988, prescribe lo siguiente:

"Será nulo de pleno derecho el contrato por el que - se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero". 233

Analizando el contrato, nos damos una idea de su problemática, hemos ventilado las cuestiones jurídicas, los planteamientos éticos y morales se desarrollarán con posterioridad, sin que esto implique un obstáculo para emitir una posición válida. Por consiguiente consideramos: Que nuestro sistema legal deberá de seguir la corriente que niega efectos jurídicos a la maternidad subrogada y determina el vínculo materno-filial por el hecho biológico del parto. De permitir estos contratos, se reduce a la mujer y a la criatura a menores objetos, lo que resulta inadmisibles ya que el ser humano es sujeto y no objeto del derecho. En forma paralela, traería consigo un mercado de bebés, madres de alquiler, embriones y células germinales.

232. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplenteo subrogada; la maternidad de alquiler", Ob. cit., p. 143.
233. "Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", p. 12, Mier y Terán, Siena, S., Régimen Jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, ob. cit.

Es importante dejar de manifiesto que no perdemos de vista la posición de las personas que contratan con la madre sustituta motivadas por el deseo sincero y válido de satisfacer sus instintos maternos o paternos. Sin embargo, no existe mecanismo alguna para identificar y asegurar la permanencia de tales sentimientos, de existir representarían un argumento de peso en su favor. En consecuencia, es preferible el sacrificio de esos sentimientos para evitar la comercialización -- del ser humano y su correspondiente denigración.

VI. MATRIMONIO

"Matrimonio, es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellos una comunidad de vida total y permanente con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley".²³⁴

Igualmente, se conceptúa como "la unión contractual entre marido y mujer jurídicamente regulada en orden a la comunidad de vida indivisa y duradera".²³⁵

El Código Civil en vigor para el Distrito Federal, no define el matrimonio, se limita a establecer los derechos y deberes que se adquieren por el mismo.

El matrimonio civil obligatorio, previsto y regulado en los sistemas jurídicos que consideran válido aquel matrimonio celebrado de acuerdo con las formas por él señaladas, exigido para todos los ciudadanos, v. gr.; Alemania, Francia y México. Se distingue del matrimonio civil subsidiado y el matrimonio civil facultativo. El primero, reservado para grupos determinados (desidentes, judíos), o para el caso de que el matrimonio eclesiástico sea negado por el sacerdote; El segundo (matrimonio facultativo), es aquel en el cual, se deja a los contrayentes la libre elección entre la forma eclesiástica y la civil, v. gr.: Inglaterra, Suecia, Dinamarca, Checoslovaquia e Italia.²³⁶

A) Los métodos de concepción artificial y el matrimonio.

El artículo 147 del Código Civil para el Distrito Fed--

234. Montero Duhalt, Sara. *Op. cit.*, p. 97.

235. Lehmann, Henrich, *Derecho de familia*, vol. IV, traducción de la 2da. edición alemana por José Ma. Navas, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1953, p. 43.

236. *Ibid.*, p. 45.

rá, prevé:

"Art. 147.- Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

El contenido de esta disposición, nos motiva dos argumentos opuestos: El primero, favorable a la ejecución de estos métodos, porque permite "la perpetuación de la especie", sin embargo, es un planteamiento limitado. Los diferentes métodos de concepción artificial ofrecen una variedad de posibilidades y el conflicto jurídico-filial, se suscita con la Intromisión de un dador de células germinales. Por lo tanto, el artículo transcrito, tiene una aplicación exclusiva dentro de la institución del matrimonio, con el empleo de las propias y respectivas células germinales de los cónyuges, mismos que fungirán como padres sociales de la criatura habida con estas técnicas.

En otras palabras, la disposición que comentamos hace referencia a la transmisión genética de padres a hijos, excluye cualquier variante de los métodos de concepción artificial -- realizada con la participación de dadores de óvulos o espermatozoides, sea inseminación artificial, fecundación 'In vitro', -- transferencia de embriones o transferencia intratubaria de gametos. Luego entonces, las parejas estériles quedan fuera -- del contenido de este artículo.

El segundo, contrario a la aplicación de las mismas por considerar que afecta la ayuda mutua que se deben los cónyuges para el supuesto de no existir consentimiento del esposo en la ejecución de la técnica.

El artículo 156 del Código Civil para el Distrito Federal señala los impedimentos para la celebración del contrato de matrimonio, de ellos, revisten importancia para nuestro --

trabajo las fracciones III, V y VIII que establecen lo siguiente:

"Art. 156.- Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

"III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en línea recta, ascendiente o descendiente. En línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos ..."

Este tema fue tratado en el apartado de donaciones de espermias, al cual nos remitimos. Nos limitamos a señalar que ante la nula regulación y control para la donación de gametos y el secreto con que se maneja la identidad de los donadores o dadores, así como la imposibilidad de los hijos habidos con su participación para conocer la identidad de su progenitor o progenitores genéticos, podrían generarse matrimonios incestuosos celebrados entre hermanos o medios hermanos, ignorando se tal situación.

"V. El adulterio habido entre las personas que pretenden contraer matrimonio".

La pregunta concreta es si la heteroinseminación o la donación de gametos con fines reproductivos realizada sin el consentimiento del cónyuge respectivo (son consideradas como adulteras?. Tema interesante, sin embargo, el desarrollo se tratará en el apartado de divorcio y sus causales por ser más adecuado.

"VIII. ... La impotencia incurable para la cópula; la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables, que sean, además, contagiosas o hereditarias".

La ley específica, impotencia incurable para la cópula, también, conocida como impotencia 'coeundi', la que se mani-

fiesta como una imposibilidad absoluta para efectuar la introducción normal del miembro viril en la vagina por falta de órganos externos masculinos normales y propios para la erección; a diferencia de la impotencia 'generandi', en la cual, no es posible la procreación, por no existir una eyacuación normal o porque el líquido seminal carece de espermatozoides. Así - las cosas, la persona incapaz para el coito no siempre es incapaz para procrear y no toda persona capaz para el coito es apta para engendrar, ya que mediante los métodos de concepción artificial, el hombre impotente para el coito puede fecundar, luego entonces, queda sin valor la frase de que todo individuo impotente es estéril. ²³⁷

En resumen, la esterilidad o impotencia generandi no es impedimento para la celebración del contrato de maternidad.

B) Nulidad de matrimonio.

Nulidad de matrimonio, "es la disolución del vínculo en vida de los cónyuges, por causas anteriores a la celebración del mismo, o por falta de formalidades en el acto de celebración". ²³⁸

El artículo 235 del Código Civil para el Distrito Federal, en tres fracciones señala las causales de nulidad de matrimonio, de ellas, la relacionada con el tema es la fracción II, cuyo texto es el siguiente:

"Art. 235.- Son causales de nulidad de un matrimonio:

II. Que el matrimonio se haya celebrado concurriendo alguno de los impedimentos enumerados en el artículo 156".

237. Sanguino Madariaga, A., "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", ob. cit., pp. 196 y 197.
 238. Montero Duhal, Sara. Ob. cit., p. 174.

El artículo 156, hace referencia a los impedimentos para la celebración del contrato de matrimonio, de sus diferentes hipótesis, es aplicable la fracción tercera que alude al parentesco por consanguinidad.

De esta forma, el matrimonio celebrado entre hermanos, medios hermanos o progenitores con hijos es una posibilidad remota pero latente. Se calificará de putativo para el supuesto de que uno o ambos cónyuges ignoren los lazos de sangre. Por lo tanto, el matrimonio se encuentra afectado de nulidad absoluta por contravenir una disposición de orden público y ser contrario a las buenas costumbres, puede hacerla valer cualquier interesado, no se conválida ni prescribe, producirá efectos civiles mientras dure en favor del cónyuge de buena fe y en todo tiempo respecto de los hijos. Puede incluirse el delito de incesto (artículo 272 del Código Penal), cuando una de las partes o ambas, conociendo el parentesco, celebran el matrimonio.

Sin embargo, de existir la vinculación genética, permanecerá ignorada, debido al nulo control sobre el registro y seguimiento de dadores de células germinales e hijos logrados con su participación.

Concluimos este tema con las siguientes afirmaciones:

1. El contenido del artículo 147 del Código Civil es una disposición permisiva para el uso de los diferentes métodos de concepción artificial, siempre y cuando, se efectúe dentro del matrimonio con material genético de los propios cónyuges. Por el contrario, la esposa que concibe un hijo con semen de un dador sin el consentimiento de su esposo transgrede la ayuda mutua que se deben los cónyuges.

2. Con la ejecución de los métodos de concepción artificial, es factible la generación de medios hermanos habidos --

con células germinales de un mismo dador. La posibilidad de relaciones incestuosas está presente, ello se evitaría con la creación de un Registro nacional de dadores de material genético (óvulos y espermias), y de los hijos procreados con su participación. Con este mecanismo, los futuros consortes, si se presenta el caso extremo, podrían identificar su procedencia genética y evitar la unión incestuosa.

3. Debemos distinguir entre la impotencia 'coeundi', de la 'generandi', la fracción VIII del artículo 156 hace referencia a la primera como impedimento para contraer matrimonio, no contempla la esterilidad o impotencia 'generandi'.

4. No obstante el hecho de que las dimensiones del problema son mínimos, en otras palabras, la posibilidad de que los contrayentes sean hermanos o medios hermanos, es limitada en exceso. La calidad de los conflictos jurídicos (filiación, matrimonio, incestos), es tal, que nuestro sistema de derecho debe preverlos y ofrecer soluciones. Por lo tanto, ratificamos: Que actualmente, en nuestro país no es una necesidad imperiosa regular las implicaciones derivadas de la donación de gametos, es acertado, y sobre todo recomendable, su consideración para una legislación integral.

VII. DIVORCIO

En el derecho romano y el antiguo derecho alemán se aceptó el divorcio mediante contrato o declaración unilateral sin intervención judicial o sacerdotal. En el siglo X de nuestra era, cuando la iglesia obtuvo la jurisdicción sobre el divorcio, impuso el principio de la indisolubilidad del matrimonio, reconociendo excepcionalmente dos casos: 1) Matrimonio celebrado entre no bautizados; 2) matrimonio sacramental no consumado. Reconoce igualmente la separación de cuerpos que impide la celebración de un nuevo matrimonio puede ser temporal o permanente (adulterio). ²³⁹

La esterilidad o impotencia se manejaron como causales - en culturas milenarias, así tenemos que en Israel se permitió el divorcio cuando la mujer fuese estéril, o el hombre impotente.

En Persia, si bien desconocían el divorcio, permitían el repudio si la mujer no lograba un hijo durante nueve años de convivencia. De igual modo, se permitió en la India el repudio de la mujer en el caso de que fuera estéril. Dentro del derecho musulmán se permitió el divorcio, era obligatorio en el caso de la impotencia. En Grecia, cualquiera de los esposos estaba facultado para pedir el divorcio por la causal de esterilidad. Dentro del Derecho azteca, se concede al marido como causal de divorcio, que la mujer fuera estéril. ²⁴⁰

El protestantismo y los Estados modernos reconocen bajo ciertas hipótesis la disolución del vínculo matrimonial, cuando de mantenerlo, conduzca a la destrucción de la persona o implique violencia sin tomar en cuenta consideraciones mística-

239. Lehman Henrich, Ob. cit., p. 234.

240. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., pp. 203 a 208.

cas. Ahora bien, los puntos de vista para considerar o enfocar esas hipótesis, excepciones o causales son diferentes en cada sistema jurídico. 241

Para nosotros, la pregunta a contestar es si es posible procesar y declarar culpable de adulterio a la mujer casada -- que ha sido fecundada con semen de un donante sin el consentimiento del marido?

Al respecto, las decisiones de los tribunales a los cuales se les ha planteado tal situación ha sido cambiante según el tiempo. En los primeros casos de inseminación artificial-heteróloga se consideró que había adulterio de la mujer, así tenemos que en 1921, La Suprema Corte de Ontario en el caso - Orford V.S. Orford (Ont. Sup. Ct. 192), sostuvo que la práctica de la inseminación artificial sin el consentimiento del marido constituía una degradación moral y adulterio. La corte definió al adulterio como "La sumisión voluntaria a otra persona, de las fuerzas reproductivas y la voluntad". 242

En 1930, se presentó el caso Rosell; la cónyuge procedió a heteroinseminarse sin el consentimiento del esposo, éste al enterarse presentó demanda de divorcio y una denuncia de adulterio. 243

Casos: Roseell V.S. Rossell - AS, 721 (1924) y Mckinnon-V.S. Mckinnon - SASR 107 (1942), leyes inglesa y escocesa. - Se sostuvo que la inseminación artificial por donante sin consentimiento del esposo no puede ser adúltera, ya que se requiere la penetración del órgano masculino en el órgano femenino. 244

241. Lehman Henrich, Ob. cit., p. 48.

242. Guzmán, Violeta, Aura. Ob. cit., p. 73.

243. Soto Reyna, Renó, "Aspectos Medicolegales de la Inseminación artificial en Seres Humanos", Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango, núms. 20, 21 de octubre de 1985, marzo 1986, Durango, México, p. 41.

244. Guzmán Violeta, Aura. Ob. cit., p. 73.

Italia, en la década de los cuarentas, se declaró adúlteras a las mujeres que recurran a la inseminación artificial-heteróloga aún con el consentimiento del marido.²⁴⁵

En dos decisiones del Tribunal de Illinois E.U.A., se llegó a conclusiones diametralmente opuestas relacionadas con la acción civil de divorcio cuando existe un niño producto de heteroinseminación.

Caso Hoch V.S. Hoch 1945, se sostuvo que la heteroinseminación no constituía causal de divorcio por adulterio. Caso-Doornubus (1945) se declaró con lugar a divorcio por la causal de adulterio.²⁴⁶

En 1963, La Corte de Nueva York y California E.U.A., así como algunas cortes europeas, cambiaron sus criterios en el sentido de que no había adulterio por inseminación, esto, gracias a la difusión alcanzada por tales técnicas de fecundación.²⁴⁷

En 1958, Caso People V.S. Dorensen (66 Calif. rep. 7), - El Tribunal superior de California E.U.A., sostiene que es absurdo considerar a la I.A.D. como adúltera.²⁴⁸

Los avances en las decisiones judiciales se inclinan a no considerar a la I.A.D. como un acto criminal, sin embargo la ausencia de una legislación específica sobre la materia de pie a tales interpretaciones.²⁴⁹ Actualmente, Suecia cuenta con una ley que regula la I.A.H. y la I.A.D. así como España; "En los Estados Unidos se considera lícita y fuera de formalidad legal". Igual situación se presenta en Francia.²⁵⁰

245. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 311.

246. Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 79.

247. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 311.

248. Guzmán, Violeta Aura. Ob. cit., p. 73.

249. Loc. cit.

250. Soto Reyna, René. Ob. cit., p. 41.

Por consiguiente, "resulta claro que no existe adulterio aún cuando medie consentimiento del esposo ya que se trata de un delito sexual, presupone la relación carnal, sea cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".²⁵¹ El adulterio jurídicamente considerado, ha supuesto siempre la libre disposición física que de su cuerpo hace una persona casada en beneficio de otra que no sea su marido o mujer".²⁵²

Para que exista el adulterio no basta el hecho físico, es imprescindible el elemento moral, la motivación, la voluntad de entrega sexual y el deseo de burlar al cónyuge, lo que no ocurre cuando el acto carnal se efectúa a la fuerza consecuencia de una violación.²⁵³

La I.A.D. no puede ser calificada de adúltera, se trata de una intervención paraquirúrgica, neutra como excitante sexual, no se conoce al varón que donó el espermatozoide, no existe la más mínima voluntad de experimentar placer carnal con un tercero en menoscabo de la dignidad de su marido.²⁵⁴

Ahora bien, desde las Siete Partidas quedó establecido que por adulterio debe entenderse "yacer a un hombre con una mujer casada". Autores como Cuello Colón y Plápolis consideran que no existe adulterio porque aquí no hay concubinato, no afronta la fidelidad conyugal, a menos que se lleve la cuestión hasta los extremos de la fidelidad genital lo que sería ir demasiado lejos.²⁵⁵

En pocas palabras, NO hay delito de adulterio y por lo mismo, tampoco hay causal de divorcio.

251. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 311.

252. Escobar Trujillo, Pedro. Ob. cit., p. 358.

253. Idem, pp. 358 y 359.

254. Loc. cit.

255. Bonnet, E.F.P., Ob. cit. p. 543.

Sin embargo, autores como García Mendieta y Silva Ruiz se manifiestan señalando que existe en cambio una causal de divorcio basada en 'injurias graves o trato cruel; que se infliere por la mujer o su esposo al decidir inseminarse artificialmente o donar sus células germinales para fines reproductivos sin el consentimiento del cónyuge respectivo.

El trato cruel o las injurias graves, comprende dos supuestos:

- 1) Valoración de los actos considerando su intensidad, así como de las personas de las que se trate.
- 2) Que la conducta haya perturbado gravemente el matrimonio haciendo imposible la convivencia de los esposos. 256

Ambos supuestos se encuentran presentes en la inseminación artificial heteróloga no consentida por el marido, toda vez que la concepción y nacimiento de una criatura modifica la vida diaria de un matrimonio. Es claro que el respeto, -- lealtad y ayuda mutua que se deben, se verá quebrantada, por consiguiente, la convivencia entre ellos será imposible.

El artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, prevé veintiocho causales de divorcio, de las cuales, -- tienen relación directa con nuestro trabajo, las fracciones I, VI y XI, que transcribimos a continuación:

"Art. 267.- Son causales de divorcio:

I. El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges.

VI. Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, -- contagiosa o hereditaria y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.

256. Silva Ruiz, Pedro. El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro, ob. cit., p. 207.

XI. La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro".

La fracción primera, se rechaza por no ser aplicable a la heterosexualidad.

La impotencia incurable señalada en la fracción VI, se refiere a la impotencia 'coendi' y no a la 'generandi', por consiguiente, la esterilidad queda fuera del artículo que comentamos.

La fracción XI. (Injurias graves de un cónyuge para el otro), es la causal a la que se equipara, doctrinalmente, la mujer que se hace inseminar con semen de un dador sin el consentimiento de su esposo. Una injuria se define como "toda expresión proferida a toda acción ejecutada con el ánimo de ofender al cónyuge, de manifestarle desprecio". 257

La injuria debe ser grave, según el artículo 267, fracción XI, pero esta gravedad debe ser apreciada por el juez, a efecto de resolver si hace imposible la vida conyugal. En otras palabras, el juez tiene la función, en primer lugar, de determinar si el hecho es injuria o no y, en segundo, juzgar su gravedad y establecer que trae consigo que la vida conyugal sea imposible. 258

Sobre este punto, es preferible elaborar una causal expresa que contemple las posibilidades presentadas con la ejecución reiterada de los diferentes métodos de concepción artificial, y superar los conflictos de interpretación para establecer los alcances de 'una injuria grave'. Para ello, es fundamental identificar el hecho que genera el conflicto y no

257. Montero Duhalt, Sara. Ob. cit., p. 232.

258. Rojina Villegas, Rafael. Ob. cit., p. 374.

las distintas manifestaciones de él. Así, la utilización de material genético de un tercero ajeno al matrimonio (semén, óvulos o embriones humanos), y el consentimiento de los consortes, son los factores a considerar y no los métodos en lo particular (inseminación artificial, fecundación 'in vitro', etc.).

Esta posición, desde el punto de vista de la mujer, podría parecer injusta y parcial. Sin embargo, debemos tener presente que la paternidad se determina por presunciones legales y se protege con un sistema cerrado de su desconocimiento. Luego entonces, el hijo de la esposa, habido con semen de un dador, sin el consentimiento de su cónyuge, es un estímulo -- constante para el rechazo y la agresión que demeritan la calidad de las relaciones entre los consortes, y a la larga, el más afectado será el hijo. De ahí la necesidad de establecer la verdad de los hechos y sobre todo, de crear los medios legales para ello.

VIII. SUCESIONES

Sucesión significa acción de suceder, jurídicamente es la sustitución en la titularidad y en los derechos y en aquellas relaciones que admiten cambio de sujeto e identidad en la relación de Derecho, en otras palabras, es el cambio del sujeto pero no del objeto de la relación. 259

La existencia de la sucesión requiere la presencia de cuatro elementos:

1. Un conjunto de bienes y relaciones que tengan un valor económico que pertenezca a una persona física, transmisible por causa de muerte.

2. Que la persona física titular de esos bienes y relaciones haya dejado de ser persona por su muerte (autoría de la sucesión).

3. La presencia de un sucesor, causahabiente, heredero, que es la o las personas que reemplazarán al fallecido o titular del patrimonio afectación.

4. Que el sucesor o heredero esté llamado a suceder al causante, que exista una vocación hereditaria. Esta vocación hereditaria o legítima es el llamamiento que por ministerio de ley se hace a todos los que se creen con derecho a una herencia en el instante preciso en que muere el autor de la misma o se decidiera la presunción de su muerte. 260

El heredero. De los dos sistemas existentes, que determinan el papel de los herederos como sujetos de derecho hereditario: 1) El de beneficio de inventario, con separación de pa

259. Arce y Cervantes, José. De las Sucesiones, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983, p. 1.

260. *Ibid.*, pp. 1 y 2.

trimonio; y 2) El que no admite tal beneficio, confundiéndose el patrimonio del heredero y el hereditario. Nuestro Derecho acepta el primer sistema conforme al artículo 1678 del Código Civil, 261 que a la letra dice:

"Art. 1678.- La aceptación en ningún caso produce confusión de los bienes del autor de la herencia y de los herederos, porque toda herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario, aunque no se exprese".

La institución del heredero no es indispensable para la validez del testamento, de tal suerte que éste será válido legalmente aún cuando aquella no exista, o bien, que el heredero no acepte la herencia o sea incapaz de heredar (artículo 1378 del Código Civil).

Para nuestro trabajo, revisten importancia los artículos 22, 337 ya transcritos y analizados con anterioridad, así como el contenido del 1314 y 1390, todos del Código Civil para el Distrito Federal.

"Art. 1314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

"Art. 1390.- Toda disposición en favor de persona incierta o sobre cosa que no pueda identificarse será nula, a menos que por algún evento puedan resultar ciertas".

El Código Civil prevé dos supuestos, en los cuales ciertas personas no pueden adquirir la herencia: 1) Por falta de personalidad y 2) Por prohibición de la ley.

1) Por falta de personalidad no pueden ser herederos:

- I. Premoriencia. Los fallecidos antes que el autor de la sucesión.
- II. Las personas físicas al momento de la muerte del autor, puesto que la personalidad se adquiere con el nacimiento. El concebido pero no nacido en términos de los artículos 22, 337 y 1314, se le tiene por nacido y puede ser sucesor siempre que sea viable. El concepturus, el no concebido no puede ser sucesor en nuestra legislación.
- III. Personas morales que no estén constituidas al momento de la muerte del de cujus.
- IV. Las sociedades denominadas iglesias, en términos de los artículos 27 fracción II y 130, ambos de la Constitución Federal Mexicana.²⁶²

2) Los casos prohibidos por la ley, por no tener relación con el tema no se tratarán.

Las interrogantes a solucionar son:

El óvulo fecundado y no implantado en el útero, producto de fecundación extracorpórea 'in vitro', que sea almacenado por criconservación:

1. ¿Puede considerarse con capacidad para heredar?
2. ¿Cuál será la situación jurídica del hijo concebido por fecundación post-mortem?
3. ¿Tendrá vocación hereditaria?

262. Arce y Cervantes, José. Ob. cit., no. 19 a 21.

4. ¿Será válida la disposición hereditaria que formule el testador sobre la inseminación post-mortem?

En lo referente al primer cuestionamiento, debemos tener presente que el artículo 1314 exige como requisito indispensable para ser heredero, independientemente de la vía, que el sujeto esté concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia.

Si consideramos la fecundación del óvulo por el espermatozoide como el momento de la concepción, los embriones preimplantados pueden ser herederos, gozan de personalidad misma que está sujeta a la condición suspensiva del artículo 337 (vivir 24 hrs. o ser presentado vivo al Registro Civil).

Sin embargo, las posibilidades de continuar su gestación y nacer son excesivamente limitadas, esto es, si consideramos la necesidad de concurrir tres elementos: 1) La existencia de la madre biológica. 2) La aptitud de la madre biológica para llevar a término el embarazo. 3) Que resulte exitosa la operación de traslado del embrión al útero materno. De no presentarse cualquiera de ellos, y toda vez, que no estamos de acuerdo con los contratos de maternidad subrogada, consideramos que no existe posibilidad alguna para que el huevo continúe su desarrollo y pueda nacer el bebé. Por lo tanto, se deberá de asegurar la destrucción del embrión por todos los medios, y por consiguiente no existirá heredero.

Para la pregunta dos, la respuesta es sencilla sin ser la más adecuada.

Los hijos así concebidos, no son hijos legítimos por no respetar los términos del artículo 324 del Código Civil. Por consiguiente carecen de vocación hereditaria con respecto al patrimonio de su padre genético ya fallecido. Respondiendo en los anteriores términos a la pregunta tres.

En cuanto a la disposición testamentaria formulada por el autor de la sucesión, en la cual nombra como heredero al -- producto resultado de la fecundación post-mortem con su semen, la consideramos válida pero limitada.

Habrá que establecer: 1) Si es casado o no, y 2) Con -- que mujer desea concebir al hijo fruto de la inseminación -- post-mortem; lo que nos lleva a las siguientes opciones:

1. Si el sujeto es casado y decide que su esposa sea la receptora del semen, y ésta manifiesta su conformidad, no existe problema alguno para considerar válida la disposición testamentaria. Habrá de esperarse el resultado de la inseminación, determinar si existe o no embarazo, en caso afirmativo deberá de cumplirse con el requisito del artículo 337 del Código Civil. La ejecución de esta práctica entraña necesariamente el consentimiento de ambos consortes, la esposa o viuda según el momento, podrá negarse a ser, inseminada sin responsabilidad alguna, en tal caso, la disposición respectiva se tendrá por no puesta.

2. Si el varón es casado y señala como receptora de su semen a una mujer que no sea su esposa, tal disposición se tendrá por no puesta, porque hemos dejado de manifiesto que la -- gestación de un ser humano no está en el comercio, si bien la futura madre no recibirá pago alguno, la motivación que la lleve a acceder a tal práctica serán los provechos indirectos que obtendrá al ser su hijo heredero, pasando a segundo lugar la criatura.

3. Tratándose del concubinato, habrá de interpretarse -- en forma análoga con los casos precedentes.

4. Para el hombre soltero, libre de matrimonio, que no viva en concubinato, obvio es que tal disposición se deberá entender como no puesta.

Sustentan lo anterior los artículos 22 y 337 del Código Civil ya transcritos, así como el contenido del artículo 1344 del Código Civil que señala la libertad del testador para establecer condiciones al disponer de sus bienes, y el artículo 1390 del Código Civil ya transcrito, ya que si bien la existencia del heredero es incierta, se tratará de una disposición testamentaria sujeta a una condición suspensiva que es lícita y posible en sentido físico y jurídico.

Dos elementos que no debemos olvidar si pretendemos ofrecer una solución jurídica para este tema son: Uno subjetivo, los motivos que inducen al almacenamiento y congelación del embrión o células germinales; y el otro, el factor tiempo. Del primero, diremos que sólo se deberá permitir por cuestiones médicas cuando se corre el riesgo de quedar estéril por alguna enfermedad o recibir algún tratamiento, v. gr.: radiaciones. Así cuando se desee engendrar un hijo y la esterilidad es permanente se podrá recurrir a las células criopreservadas, y como excepción, concederse a los miembros de las fuerzas armadas en acción.

Del tiempo, diremos que éste se debe de considerar en dos aspectos; primero, el tiempo transcurrido entre la muerte del dueño del material biológico y la ejecución de la técnica. Segundo, el tiempo que podrá permanecer congelado el material biológico antes de efectuarse la operación de recepción del mismo.

También es de considerar, la posibilidad de destruir las células germinales o los embriones sobrantes de tales prácticas, así como la autoridad que la realizará.

CAPITULO TERCERO

CONCEPCION ARTIFICIAL, UN ANALISIS A LA LUZ DEL TRIDIMENSIONALISMO JURIDICO

I. GENERALIDADES

II. HECHO

- A) Esterilidad como problema de salud pública en México
- B) Concepción artificial en México
 - 1. Inseminación artificial
 - 2. Fecundación extracorpórea 'In vitro'
 - 3. Transferencia intratubaria de gametos
- C) El aspectopsicológico en la concepción artificial
- D) Aspectos económicos de la concepción artificial
- E) ¿Se justifica el tratamiento de la pareja infértil en países subdesarrollados?

III. VALOR

- A) Posición de la iglesia católica
- B) Concepción artificial
- C) Mujer libre de matrimonio
- D) Acto unitivo - acto procreativo
- E) Secreto o publicidad sobre las circunstancias de la concepción
- F) La dignidad del concebido
- G) Manipulación de gametos
- H) Ética de la investigación clínica

IV. NORMA

- A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- B) Código Civil para el Distrito Federal
- C) Código Penal para el Distrito Federal
- D) Ley General de Salud
- E) Acuerdo de la S.S.A. (D.O. 26/1/82)
- G) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos

- H) Código Civil para el Estado de Quintana Roo
- I) Código de Familia del Estado de Hidalgo
- J) Código Penal para el Estado de Chihuahua

V. DIALECTICA DE LA EXPERIENCIA JURIDICA

I. GENERALIDADES

Al cruzar el noveno semestre de la carrera, en la materia de Filosofía del Derecho, entramos en contacto con la interesante teoría del Tridimensionalismo Jurídico. Si bien, no la asimilamos en toda su magnitud, fue fascinante, por ofrecer un conocimiento completo del Derecho y sobre todo por proporcionar los elementos necesarios para emitir un juicio integral de una simple norma de Derecho hasta de todo un sistema jurídico. En consecuencia, cuando se fraguó el bosquejo del plan de esta investigación, de inmediato y con gran alegría, nos brotó la idea de analizar las técnicas de concepción artificial a la luz de este avanzado conocimiento. Sin más preámbulos, pasamos a desarrollar este apasionante tema.

El tridimensionalismo jurídico, es un discernimiento elaborado por el destacado jurista brasileño Miguel Reale. En el año de 1941 plasma en forma implícita los sentimientos de su teoría, misma que viene a integrar y estructurar en sus tres elementos más tarde.

Afirma Miguel Reale que el Derecho es demasiado complejo para calificarlo en forma exclusiva de norma jurídica positiva; los diferentes significados atribuidos a la palabra Derecho "corresponden a tres aspectos básicos, discernibles en cualquier momento de la vida jurídica: Un aspecto normativo -el derecho como ordenamiento y su respectiva ciencia-; un aspecto fáctico -el derecho como hecho o en su efectividad social e histórica-; Y un aspecto axiológico -el derecho como valor de justicia-".²⁶³ En palabras más simples, la naturaleza esencial del derecho se integra de tres elementos, o facto

263. Fosal Benlloch, E., Estudios de derecho de familia, Barcelona, España, Ed. Casa editorial, S.A. 1981-82, p. 13.

res, o momentos, usualmente conocidos con las palabras Hecho, Valor y Norma.

Continúa exponiendo el citado autor: "Donde quiera que haya un fenómeno jurídico, hay siempre un hecho subyacente, - un valor que confiere determinada significación a este hecho - y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en otro: el hecho en valor".²⁶⁴

El saber jurídico, como un todo, se desdobra en planos lógicos, que no deben confundirse, sin embargo, Hecho, Valor y Norma están siempre presentes en cualquier manifestación de la vida jurídica. En consecuencia, a ningún especialista se le permite aislar de manera absoluta uno de sus elementos para convertirlo en objeto de investigación, sea filosófica, sociológica o jurídica.²⁶⁵

Los tres factores -Hecho, Valor y Norma-, se encuentran unidos por una correlación de naturaleza funcional y dialéctica, se exigen mutuamente y actúan como los elementos de un proceso. De tal manera que el Derecho es el resultado de la coexistencia dinámica de los tres elementos.²⁶⁶

El autor, define la dialéctica en los términos de un concepto de implicación de polaridad o de complementariedad, en el cual, los términos no son contrarios, cada cual está bien definido y ambos en mutua y necesaria correlación. Así pues, Hecho y Valor son conocimientos racionales y abiertos a nuevas posibilidades de síntesis; se encuentran correlacionados-

264. Fosar Benloch, Estudios de derecho de familia, Ob. cit., p. 14.

265. Reale, Miguel. "Posición del tridimensionalismo jurídico concreto", *Di Dianoia*, México, D.F., 1967, pp. 336 y 337.

266. Fosar Benloch, Estudios de derecho de familia, ob. cit., p. 14.

en forma permanente y progresiva, sin que se puedan comprender separados uno del otro, al mismo tiempo son irreductibles entre sí. Por otra parte, ambos elementos cobran plenitud de significado en la unidad concreta de la relación que constituyen. ²⁶⁷

La comprensión operacional de la implicación de polaridad Hecho-Valor, la incidencia de los segundos sobre el primero, condicionará la formulación de normas y su aplicación. ²⁶⁸

Ahora bien, las distintas ciencias avocadas a investigar el Derecho: sociología o filosofía, se distinguen entre sí -- por el punto de vista predominante en sus estudios; sea el enfoque normativo, ya el fáctico o el axiológico, pero siempre en función de los otros dos. ²⁶⁹

La investigación en el Derecho, podrá tener las siguientes directivas, con sus correspondientes exigencias metodológicas: ²⁷⁰



267. Reale, Miguel. Posición del tridimensionalismo jurídico concreto, - Ob. cit., p. 338.

268. Loc. cit.

269. Reale, Miguel. "Posición de tridimensionalismo jurídico concreto", Ob. cit., p. 331.

270. Reale, Miguel. "Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto", Revista internazionale di Filosofia del diritto, Milano, -- It Italia, marzo-agosto, 1961. p. 162.

II. HECHO

La afirmación: El Derecho es una realidad social que -- tiene sus orígenes en la conducta humana, es una verdad inobjetable. Sin embargo, también es cierto que cualquier acto humano tiene un soporte en algo históricamente objetivado, -- que actúa como conducta institucionalizadora. El Hecho en -- cuanto factor o dimensión del Derecho, indica las circunstancias condicionantes de la experiencia jurídica, lo ya dado en un medio social que al ser valorado se integra en una unidad representada por la norma jurídica. En otras palabras, el -- elemento normativo plasma la integración y correlación fáctica - axiológica.²⁷¹

El estudio y análisis de cualquier acontecimiento social es tarea ardua, revestida de obstáculos en ocasiones imperceptibles. En el caso concreto del hecho que nos ocupa, surgen los obstáculos siguientes:

1. Se trata de fenómenos de actualidad. Las técnicas de concepción artificial y sus implicaciones jurídicas han sido y son materia de numerosas publicaciones; pero su distribución y acceso está muy limitado.

2. Hay imposibilidad de lograr un conocimiento cien por ciento objetivo. Nuestras observaciones y posibles alternativas de solución están, de antemano, limitadas por nuestro muy particular punto de vista. Por lo tanto, el filtro ideológico de cada ser humano impide un entendimiento universal.

3. Existe la limitación de que las instituciones de salud no proporcionan información vinculada con el tema. Se ma

271. Reale, Miguel. "Posición de tridimensionalismo jurídico concreto" Ob. cit., pp: 339 y 340.

nejan con el carácter de secretas o íntimas. Por otro lado, hay disparidad de criterios en cuanto a estos temas. A veces se pone en tela de juicio la veracidad y seriedad de las afirmaciones de los investigadores en esta materia.

Los hechos objeto de este estudio, hasta la fecha no han sido valorados o bien, su consideración ha sido parcial. Por lo mismo, su síntesis en una regla de derecho, en el mejor de los casos es limitada, por no decir inexistente. En este orden de ideas, la esterilidad como problema de salud pública y la aplicación de las técnicas de concepción artificial son fenómenos sociales cuyas dimensiones es necesario conocer. El aspecto psicológico de estos procedimientos es un conocimiento obligado. La repercusión económica es inobjetable, de ahí, defendemos su inclusión en la mecánica general de esta investigación. El tratamiento de la pareja infértil en países subdesarrollados y su justificación, es un hecho que requiere solución o alternativas de solución, sobre todo en naciones como la nuestra, con una tasa de nacimiento elevado y una economía complicada. Estos son los tópicos que abordaremos y trataremos de explicar a lo largo de este apartado titulado "Hecho", no son todos los implicados, sin embargo, mencionaremos los más comunes, que impactan a nuestra sociedad.

A) Esterilidad como problema de salud pública en México.

Antes de avocarnos al desarrollo de este apartado, es necesario aclarar lo siguiente: En el capítulo primero de este trabajo, establecimos en forma indubitable que esterilidad e infertilidad son conceptos distintos, cuyas connotaciones están limitadas. Al recabar información para integrar este tema encontramos un obstáculo insuperable: El hecho de que las instituciones de salud, en sus estadísticas, contemplan ambos padecimientos bajo el diagnóstico de 'esterilidad'; así, los dos padecimientos se integran en uno. Hecha esta consideración, analizaremos la esterilidad, como problema de salud pública.

Es inobjetable el impacto que dentro de las instituciones jurídicas han tenido los adelantos científicos en materia de reproducción humana. Si nos preguntamos: ¿Qué motiva estos avances?, la respuesta es sencilla: La imposibilidad de procrear sea por esterilidad o infertilidad, reviste importancia, por la gran incidencia de estos casos en la sociedad. De aquí la consideración de crear un marco jurídico para su regulación.

La salud es de gran importancia para la subsistencia del hombre y para el óptimo desarrollo de sus potencialidades intelectuales, con la correspondiente repercusión económica no sólo para él sino para la sociedad y país a que pertenece. De ahí el interés de considerar a la salud como un patrimonio del grupo al que corresponde el individuo, y no como objeto de propiedad exclusiva de cada uno de sus miembros.²⁷²

El concepto de salud, ofrecido por la OMS, la considera-

272. Vega Franco, Leopoldo, García M. Héctor. Bases esenciales de la salud pública, México, D.F., Ed. La prensa médica mexicana, 1977. p. 5.

como "un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no simplemente la ausencia de afecciones o enfermedades". Esta noción es limitada. Se le ha criticado por ser una idea estática, al conceptualizar la salud en los términos de un 'estado' o 'alteración'. Por ello, debería darse a este concepto un sentido dinámico. Considerando que la salud se manifiesta en un desarrollo equilibrado de las funciones fisiológicas que en última instancia se expresan en una relación e interdependencia biológica, psicológica y social del hombre con su medio ambiente, de manera normal; esa relación y dependencia mutua del hombre con otros seres es perturbada cuando la enfermedad se manifiesta, sobre todo, tratándose de padecimientos infecto-contagiosos, su impacto es mayor, por el daño que causan a la población.²⁷³

La salud pública, en palabras de Willson "Es la ciencia y arte de impedir las enfermedades, prolongar la vida y fomentar la salud y la eficiencia, mediante el esfuerzo de la comunidad para: ... 5) El desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuada para la conservación de la salud".²⁷⁴

Abordar la esterilidad y su problemática de salud pública, implica en forma implícita un estudio epidemiológico de la esterilidad. Tarea nada sencilla porque es necesario una investigación bibliográfica y de campo, manejo y seguimiento estadístico, así como de una capacidad de interpretación y síntesis. Reconocemos nuestras limitaciones, sin ser un obstáculo en la consecución de nuestro objetivo.

1. Epidemiología de la esterilidad.

La epidemiología es: "El estudio de las condiciones que

273. Vega Leopoldo, García Héctor. Ob. cit., pp. 2 y 3.

274. Ibid., p. 6.

regulan la difusión de las enfermedades en una comunidad".²⁷⁵
 Trata de explicar los procesos de salud y enfermedad como fenómenos de población y su relación hombre-medio ambiente.²⁷⁶

Hemos manifestado que la esterilidad se puede encuadrar según el tiempo de aparición en primaria y secundaria; y por su duración, en absoluta y relativa.

En lo que hace a su origen: Los agentes causales (etiología) son diversos, desde alteraciones anatómicas hasta efectos colaterales de terapias específicas v. gr.: radiaciones, pasando por infecciones. Al no existir un responsable directo único, no estamos en condiciones de formular una historia natural de la enfermedad.

El diagnóstico, por lo general se establece cuando la pareja desea procrear y no lo consigue.

Su sintomatología, en la mayoría de los casos es nula; es decir, no existen manifestaciones directas ni una causa aparente de la imposibilidad de procrear.

a) Distribución de la esterilidad en la población:

El Dr. Kubly Able expresa que la esterilidad entendida como la imposibilidad de una pareja para concebir es un problema frecuente en las parejas mexicanas. Entre un 10% y 20% de ellas tienen problemas para reproducirse. De ese porcentaje, un 35% se origina en cuestiones o factores masculinos; otro 35% a factores femeninos; 15%, por problemas de ambos y en el 15% restante, la esterilidad es de origen desconocido.²⁷⁷

275. Ibid., p. 3.

276. Medicina y salud. Ob. cit., p. 111.

277. Cárdenas Lourdes. "Preparan en Perinatología una propuesta para legislar sobre inseminación artificial", Ob. cit., p. 20.

Conforme al número de personas que acuden a las instituciones de salud, por motivos de esterilidad, encontramos la distribución siguiente:

a) En la Secretaría de Salud, este padecimiento no está registrado a nivel nacional. Por política de la Institución, sólo se tabulan y publican las 15 primeras causas de morbilidad y mortalidad.

b) En el ISSSTE (Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado), las estadísticas de este organismo registran y conservan los egresos hospitalarios, es decir, aquellos padecimientos que ameritan hospitalización.

Así, localizamos para el año de 1987, 348 casos de esterilidad en la mujer registrados; de ellos, 159 se presentaron en el D.F. y 189 en el resto del país, la edad promedio oscila entre los 25 y 34 años. 18 casos fueron masculinos: 4 en el D.F., y 14 foráneos, la edad promedio de hombres con este problema es de 25 a 34 años.

En 1988, se registraron 312 casos de esterilidad femenina: 130 pertenecen al D.F. y 182 al resto del país; sin mencionar datos sobre la edad. Se presentaron 20 casos de esterilidad en el varón: 7 corresponden al D.F. y el resto son foráneos, sin especificar la edad promedio de los pacientes.²⁷⁸

c) En el IMSS (Instituto Mexicano del Seguro Social), su estructura administrativa es más compleja. Su política interna, impide al público interesado, el acceso a las estadísticas, sin embargo, se localizó la información del año de 1989.

278. Resumen general de egresos hospitalarios: D.F. y Foráneos, Anuarios 1987 y 1988, Departamento de Informática, ISSSTE.

En el primer nivel, es decir, en las clínicas de medicina familiar se ofrecieron para la mujer, a nivel nacional, -- 15,881 consultas de primera vez; 18,530 subsecuentes, arrojando un total de 34,411 consultas. En varones, se registraron 1,814 consultas de primera vez y 2,122 subsecuentes, para un total de 3,936 consultas.

En segundo nivel -hospitales generales-, se atendió por esterilidad femenina a 1,485 personas de primera vez y 56,284 subsecuentes, dando un total de 57,769 consultas, sin ameritar hospitalización. Se registraron 1,632 consultas de primera vez y 3,718 subsecuentes, es decir, un total de 5,350 consultas. El promedio de edad, para los casos femeninos y masculinos, es entre los 15 y 24 años.²⁷⁹

En tercer nivel -hospitales de especialidad-, la información hasta mayo de 1990 no se había integrado.

Las cifras porcentajes transcritas del ISSSTE e IMSS, ponen en tela de juicio las afirmaciones hechas por el Dr. Kubby Able, señaladas antes, es decir, que no existe concordancia en ambas posiciones toda vez que en las instituciones de salud señaladas, la incidencia de esterilidad en la mujer supera con mucho al varón. Sin embargo, según el Dr. José Luis Pozos, estos resultados se deben interpretar con el criterio siguiente:

La esterilidad, su diagnóstico y tratamiento, implica la participación necesaria de la pareja, en ella, existen factores, principalmente educativos, que nos conducen a los anteriores resultados, entre éstos mencionamos:

1. La carga ideológica, cultural y social que implica -

279. Principales motivos de demanda de consulta externa en población de rechohabiente, Nivel Nacional, IMSS, enero - diciembre, 1989.

para los varones el aceptar el hecho de no ser aptos para procrear.

2. El diagnóstico de esterilidad masculina requiere de una espermatoescopia, ¿cuántos hombres están dispuestos a masturbarse en un consultorio médico para tal fin?

3. Muchos maridos no concientes que su esposa sea manipulada en sus genitales.

En resumen, la esterilidad es un problema de salud pública cuya importancia dista mucho de equipararse a otros padecimientos, pero es una afección actual que demanda atención en los nosocomios públicos y privados. Su diagnóstico y tratamiento requiere la colaboración del varón y la mujer.

Si bien, la esterilidad como afección morbosa y como problema de salud pública es ignorado o minimizado por muchos. - Para el Derecho cobra un significado particular por ser la causa que orilla a muchos matrimonios y parejas a recurrir a las técnicas de concepción artificial. De su realización exitosa, dependerá la génesis de los conflictos jurídicos planteados a lo largo de esta investigación.

B) Concepción Artificial en México.

Determinar en número de casos practicados, su incidencia y distribución en nuestra población es una tarea difícil y de dudosa representatividad. Dudosa porque no existen mecanismos estadísticos que sean un fiel reflejo de la realidad. -- Siempre existirán cifras negras, es decir, los casos reales -- que no serán registrados y permanecerán en la clandestinidad. Por lo tanto, los acontecimientos tabulados a los que se tiene acceso, son aristas de un problema cuya magnitud e impacto en nuestra sociedad permanece ignorado.

Sin embargo, es un hecho inobjetable que "un gran número de parejas con problemas de esterilidad recurren a diario a las técnicas de inseminación artificial, el método intratubario y la fertilización in vitro; que han dado lugar a una -- franca, pero secreta competencia en los hospitales públicos y privados del país". En consecuencia, analizaremos cada una -- de estas técnicas. 280

1. Inseminación artificial:

Por ser el procedimiento más sencillo, es sobre la cual se tiene mayor información. En una investigación realizada en la U.A.N.L. se estudiaron 30 parejas con un año de esterilidad que acudieron a consulta privada con el doctor Rogelio García Flores. Se les practicó inseminación artificial homóloga, y los resultados fueron los siguientes:

- Quince de las pacientes lograron embarazarse, con un número de inseminaciones variable entre una y más de cuatro. Una de ellas aborto.

280. Robles Manuel, "Controversia entre medicina privada y oficial sobre embarazos no naturales", Proceso, México, D.F., núm. 545, a -- abril de 1987, p. 18.

- Nueve abandonaron el tratamiento y una de éstas decidió adoptar.
- Seis prosiguen con el tratamiento. ²⁸¹

Los mismos autores, reportan un estudio realizado con semen de donadores (IAD). Se analizó un grupo de 28 parejas con esterilidad definitiva en el varón. Con los siguientes resultados:

- Se lograron quince embarazos a término después de una o más de seis inseminaciones. Una abortó.
- Nueve pacientes abandonaron el tratamiento y sólo dos de las mismas se decidieron por la adopción.
- Dos de ellas continúan con el tratamiento.

El porcentaje de embarazos es de un 59% que se eleva a un 80% si se descartan las pacientes que abandonaron el tratamiento. Con una frecuencia de 3% de abortos. ²⁸²

En la Clínica de Fertilidad Inducida, perteneciente al Instituto de Perinatología de la Ciudad de México, se ha realizado desde hace tres años la inseminación artificial sólo con semen del esposo. Así, nacieron 20 niños que en otras condiciones no hubieran podido llegar al mundo. Descartándose la inseminación artificial con semen de donadores por no estar regulada. En este sentido, especialistas del mismo Instituto preparan una propuesta para legislar y establecer las condiciones que permitan practicar la inseminación artificial con semen de un donador. ²⁸³

281. García Rogelio, Vázquez Juanita. "Inseminación artificial con semen del esposo". Ginecología y Obstetricia de México, México, D.F., Vol. 55, diciembre 1987, pp. 59 a 61.
282. García Rogelio; Vázquez Juanita; Andrade José. "Inseminación artificial con semen de donador", Ginecología y Obstetricia de México, México, D.F., vol. 54, diciembre 1986, pp. 339 y 340.
283. Cárdenas Lourdes, Ob. cit., p. 20.

2. Fecundación extracorpórea "In vitro":

Es la técnica de mayor grado de dificultad, su éxito no es sencillo. En nuestro país aún no se ha demostrado fehacientemente el nacimiento de un bebé por este procedimiento. Los datos de que se disponen son poco exactos y contradictorios.

En este orden de ideas, "mientras unos hablan de éxitos rotundos y aseguran inclusive que ya han nacido los primeros mexicanos con la técnica de fertilización in vitro, otros creen que están a un paso de lograrlo, y algunos más reconocen que han fracasado hasta el momento".²⁸⁴

El Doctor Victor Ruiz Velasco, propietario del Centro para el estudio de la fertilidad, de la colonia Polanco en esta ciudad, afirma que su programa ha sido todo un éxito, logrando hasta un embarazo al día. En sus palabras ha roto todos los pronósticos: En los primeros tres meses de 1987, cien embarazos de mujeres con esterilidad diagnosticada. El Doctor y su equipo de biólogos realizaron desde 1983 los primeros experimentos con siete parejas. Afirma que a su clínica acudió en 1984 un joven matrimonio del Estado de Veracruz, padres del primer niño concebido con la técnica de fertilización in vitro. Para 1987, afirma ... "ahora no nos damos abasto. Las mujeres están convencidas de los resultados de nuestro programa".

Así, el Doctor Ruiz Velasco minimiza lo que hacen las instituciones de salud al afirmar: "Nosotros trabajamos con mujeres a las que les extraemos hasta ocho o nueve óvulos en promedio, cuando las instituciones de salud están apenas empezando a aspirar". Niega que su centro trabaje con madres sub

284. Robles Manuel. Ob. cit., p. 18.

rogadas o con embriones de donadores. 285

La Información anterior, deberá de ser valorada con cuidado, ya que en el artículo de referencia, páginas adelante.- El Doctor Jaime Hernández Rivera, jefe de la Unidad de Investigación Clínica en Biología de la Reproducción del Hospital-Regional Adolfo López Mateos del ISSSTE, afirma que "nadie en México ha logrado la fertilización in vitro". Este médico y su equipo de especialistas trabajan desde 1983 con los métodos de fecundación 'in vitro' y transferencia de embriones, pero hasta abril de 1987 los resultados han sido pobres. Siendo el mayor logro un embarazo en una maestra mazalteca en agosto de 1986, que abortó 41 días después de haber sido fecundada con los espermatozoides de su esposo. Niega que la terapéutica en el ISSSTE se haya realizado con la participación de madres subrogadas. Añade: "Nuestra idea es practicar sólo con parejas. No pensamos en lo que se llama el alquiler de vientres porque eso daría lugar a otros problemas, como los de tipo legal. Aquí usamos sólo el óvulo y los espermias de la pareja. Es un trabajo de alta tecnología que tiene un alto grado de complicación. Es ciencia pura. Sé que esto ha dado lugar a creer que se pueden crear niños en serie, pero eso es propio de la ficción. Claro que en medicina todo es factible, pero no creemos que eso se pueda lograr. Es cierto que manejamos células y realizamos experimentos microscópicos, pero de ninguna manera queremos efectuar nada que esté fuera de la ética médica". 286

El Dr. Adalberto Kalby Able, director del Instituto de Perinatología (INPER), afirma que el procedimiento de fecundación 'in vitro' es incipiente. Se inició en febrero de 1989-efectuándose por lo menos una vez al mes "hasta ahora no se -

285. Ibid., p. 19.

286. Robles Manuel, Ob. cit., pp. 21 y 22.

ha logrado embarazarse ninguna mujer, pero se seguirán haciendo esfuerzos para lograr éxito en este tipo de intervenciones".²⁸⁷ Seis meses después el mismo autor afirma "un promedio de 25 niños de probeta son producidos anualmente en México".²⁸⁸

3. Transferencia intratubaria de gametos (TIG)

El director del INPER sostiene: Hasta octubre de 1989 existían tres mujeres embarazadas gracias a este método, "con la ventaja de que si la técnica 'no prende' en el primer intento, puede volver a hacer cuantas veces sea necesario y con veniente".²⁸⁹

En experiencia del Dr. Ruiz Velasco, con el método 'Gift' (TIG) se han dado hasta cinco embarazos en un mes.

4. Porcentaje de éxito:

En opinión del Dr. Ruiz Velasco, el éxito en la técnica depende en forma fundamental de la obtención del mayor número de óvulos, en lo particular, logró el siguiente resultado: 15% de embarazos clínicos por intento en el caso de fecundación 'in vitro'; y 32% con el método 'Gift'.²⁹⁰

El Dr. Kably Able, afirma que hasta el momento se ha podido determinar el siguiente porcentaje: para el inseminación artificial un 30% de éxito, en microcirugía fluctúa entre 30% y 70%; para el 'Gift' entre 15% y 20%; para la fecundación 'in vitro', un índice menor de 10%.²⁹¹

287. Cárdenas Lourdes. Ob. Cit., p. 20.

288. "México produce cerca de 25 niños de probeta al año; muchas mujeres esperan la inseminación". El Universal. México, 17 de marzo de 1990, p. 14.

289. Cárdenas Lourdes. Ob. Cit., p. 20.

290. Robles, Manuel. Ob. cit., p. 19.

291. Cárdenas, Lourdes. Ob. cit. 20

Zárate y MacGregor, nos dicen que una vez logrado el embarazo mediante la fecundación extracorpórea, se espera un 25% ó 30% de que se presente aborto. Con la finalidad de combatir esta posibilidad, se transfieren a la mujer varios embriones por una cánula especial, con el correspondiente riesgo de provocar embarazos múltiples. Así, se calcula que con un embrión el porcentaje de embarazo es de 11%; Dos embriones incrementan la probabilidad de éxito un 0.21, con posibilidad de un 1% gemelar; Tres embriones elevan un 0.29 más de éxito con un 3% de probabilidad gemelar y uno entre mil de triple.²⁹²

No obstante las declaraciones ambiguas del Dr. Adalberto Kalby Able, director del Instituto Nacional de Perinatología; así como el hecho de que las afirmaciones de los especialistas de la materia en relación a la distribución de la esterilidad dentro de la población civil no concuerdan con las cifras recavadas en nuestra investigación, mostrando una realidad diferente, no debemos minimizar las dimensiones de la problemática jurídica de los distintos métodos de concepción artificial, ni dudar sobre la necesidad de emitir una regulación legal lo suficientemente amplia que abarque sus diversas manifestaciones, por ello, debemos tener presente los siguientes puntos:

1. El móvil que induce al hombre y a la mujer, sea en pareja o en lo individual, a recurrir a alguno de los métodos de concepción artificial es la imposibilidad para procrear un hijo sano en condiciones normales, sea esterilidad, infertilidad o afecciones morbosas hereditarias. Esta situación, es una realidad en nuestros días que no podemos negar. Las Instituciones de salud, ISSSTE e IMSS, ofrecen consultas por este motivo.

292. Zárate, Arturo y Mac Gregor, Carlos. Ob. cit., p. 29.

2. Con la ejecución de los métodos de concepción artificial, el conflicto jurídico, principalmente, se suscita al concebir una criatura utilizando células germinales de personas que no serán sus padres sociales. Y no por el método en lo particular, sea inseminación artificial, fecundación 'in vitro', etc.

3. Si bien, podemos cuestionar en nuestro país la veracidad en el número de seres humanos procreados gracias a una fecundación 'in vitro'. Es necesario reconocer que la inseminación artificial es practicada en nuestra sociedad sin control alguno. Sobre este tema nos preguntamos: ¿de dónde se obtienen el semen?, ¿los sujetos que lo proporcionan son remunerados?, ¿saben del destino último de su material genético?, ¿se les informa de la trascendencia del acto que están realizando?. Para estas preguntas no existe una respuesta concreta. Por ello, es necesario un marco jurídico que regule la utilización de células germinales con fines reproductivos o de investigación.

4. Más adelante veremos que la Ley General de Salud y el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, prevén algunos aspectos de las técnicas de concepción artificial. De esta forma, el Sistema Jurídico Mexicano reconoce su existencia y las fiscaliza legalmente. Si bien, podemos cuestionar el contenido de sus disposiciones, nos interesa señalar la aceptación de estas técnicas como fenómenos sociales. De ahí la obligación de regular sus consecuencias civiles y principalmente de filiación. Toda vez que se trata de seres humanos, con un universo físico - mental propio y único que es necesario respetar. La legislación hasta ahora aprobada es insuficiente por ceñirse a la investigación y en menor grado al ámbito penal.

C) El aspecto psicológico en las Técnicas de Concepción Artificial.

Un número considerable de autores, al tratar en sus ensayos las técnicas de concepción artificial, concentran su atención en aspectos médicos, ético-filosóficos o jurídicos. La persona el ser humano, es soslayado reducido a simples cifras o entidades biológicas. Sin considerar el aspecto complementario: volutivo, emocional y afectivo.

Manejar algunas facetas psicológicas vinculadas a nuestro tema es necesario. Si bien, no podemos generalizar u -- ofrecer reglas absolutas. La información que transcribimos, su conocimiento y consideración es importante para estar en posibilidades de ofrecer una solución con bases más firmes.

En consecuencia, abordaremos en primer lugar algunos as pectos psicológicos de la mujer; Seguiremos con los del padre jurídico; En tercer lugar, trataremos los del donador; - Continuaremos con la pareja; y por último, los del hijo.

1. Mujer.

En opinión de la psicóloga Irma Contreras, quién ha trabajado con parejas con problemas de esterilidad en el Hospital Adolfo López Mateos del ISSSTE, describe el universo de la mujer estéril en los siguientes términos:

"Los rasgos predominantes son la depresión y la angustia, además de las fuertes presiones socioculturales que enfrentan por el hecho de no ser madres. Son mujeres que se devalúan mucho, frustradas terriblemente desubicadas, que se fren además el miedo a ser abandonadas. Por eso se les está tratando de apoyar constantemente. No hay que olvidar que son mujeres que se han tratado de embarazar desde hace años- y que, en nuestra sociedad, no tener hijos es algo importan-

te. Esto no es Europa. No. Aquí es diferente. Son personas que no logran vencer la angustia, insisto. Su deseo es uno solo. Ser madres".²⁹³

En opinión del Dr. Hernández Rivero del mismo nosocomio, las mujeres están dispuestas a someterse a estos tratamientos-fecundación 'in vitro' con tal de tener un hijo. La mujer estéril anhela dar a luz y aunque no generaliza, un gran porcentaje de mujeres hacen lo que sea con tal de lograr su objetivo.²⁹⁴

Alexis Comel, afirma: "Se diría que las hembras, por lo menos entre los mamíferos no alcanzan su pleno desarrollo más que después de uno o varios embarazos. Las mujeres que no tienen hijos son menos equilibradas, más nerviosas que otras. En suma la presencia del feto, cuyos tejidos difieren a los suyos por su juventud..., actúan profundamente sobre la mujer. Se desconoce en general la importancia que tiene para ella la función de la generación. Esta función es indispensable para su desarrollo óptimo".²⁹⁵

2. Padre jurídico.

Ziporyn, nos dice que los esposos infértiles de mujeres fecundadas con semen de otro hombre se pueden ver seriamente afectados. "Estos maridos se sienten reemplazados por el hombre que donó su espermia, o bien se sienten culpables por no poder dar hijos a su esposa".²⁹⁶ En un estudio de 44 parejas en donde el donante no había sido el esposo, arrojó como resultado que el 88% de los maridos todos infértiles sufrían

293. Robles Manuel. Ob. cit., p. 21.

294. Loc. cit.

295. González Osegura, Felipe. Ob. cit., p. 39.

296. Terra Ziporyn, Ob. Cit., p. 293.

de sentimientos de culpa, sin embargo, se cuestiona el resultado, toda vez que no hace mención a la magnitud de tales 'sentimientos'.²⁹⁷

3. Donador.

Si bien, en los países donde se lleva un control sobre los donantes, se les proporciona información sobre la trascendencia y las implicaciones del acto, se pone en entre dicho el asesoramiento ofrecido por los siguientes hechos:

1. Del análisis del semen puede surgir que el donante presente un deterioro en el nivel de fertilidad llegando incluso a la esterilidad, de hecho de un tercio a la mitad de los donantes son rechazados por estos motivos, así pues, esta información traumática para el donador es contemplada en pocos programas de asesoría.

2. Que durante los exámenes, o resultado del alumbramiento por intervención del donador es posible que los médicos descubran algo en las características genéticas del donante de vital importancia para su salud o la salud de sus descendientes potenciales y como pocos programas cuentan con métodos de seguimiento que les permita contactar nuevamente con los donadores crea un gran problema de difícil solución.²⁹⁸

3. Los donadores sin defectos médicos pueden verse sujetos en etapas posteriores de su vida a formas de sufrimientos desconocidos. En E.U.A., la mayoría de donantes de semen son estudiantes de medicina, a menudo no han incluido sus propias familias y no tienen conciencia de lo que significa ser padre, posteriormente, cuando logran serlo; se especula sin afirmar que "algunos donantes sienten remordi-

297. Terra Ziporyn, Ob. Cit., p. 293.

298. Ibid., p. 292.

mientos por los niños que pueden haber engendrado mediante inseminación artificial y que ahora se encuentran en algún lugar del mundo, quizás necesiten ayuda y a los cuales es lo posible contactar. Actualmente los psicólogos sugieren que este tipo de remordimientos podría ser comparable al que sienten las mujeres que han abortado en alguna etapa de su vida". 299

4. Matrimonio.

Casi todos los estudios y datos se encaminan a remarcar los embarazos exitosos alcanzados, dejando de lado la calidad de las relaciones conyugales posteriores a la obtención del embarazo y aun del parto.

La esterilidad es sin duda alguna un problema que viene a afectar significativamente el desarrollo y convivencia del matrimonio, llegando inclusive a su disolución.

Se dice que más del 50% de los esposos que aceptan la inseminación artificial heteróloga, lo hacen para complacer a la esposa, sin tener en cuenta los problemas psicológicos posteriores que esta decisión pueda ocasionar. Sin embargo, una vez que se producen afloran en el esposo sentimientos de culpa en mayor o menor grado por lo que él considera su falta de masculinidad. En la esposa, a pesar de la alegría por el éxito obtenido presenta preocupación y pena al no saber cómo reaccionaría su cónyuge cuando se presente el parto. No es raro que durante el embarazo se torne el esposo temperamental, si tenía una personalidad insegura se tornará más inseguro e incrementará sus sentimientos de culpa. 300

299. Terra Zipory, Ob. Cit., p. 230.

300. Artuz, Antonio. "Aspectos Clínicos y Psicológicos de la Inseminación Artificial", Colombia Médica, Colombia, Vol. 13, núm. 1, - 1982, p. 28.

Un estudio realizado en Colombia de 1977 a 1989, en - - ocho pacientes inseminadas con semen de un donador diferente al esposo, cinco de ellas tuvieron éxito logrando embarazarse. Dos años después se presentó la realidad siguiente:

- Tres de esas mujeres viven separadas de sus esposos.

- Sólo una mujer vive con su pareja y se mantienen unidos por lazos afectivos muy sólidos.

La quinta paciente, abortó, desistió de la heteroinseminación y se decidió por la adopción.³⁰¹

5. HIJO.

Hemos hablado de los aspectos psicológicos enfocados a la persona adulta. Sin embargo, el hijo, el recién nacido tiene y deberá tener una importancia de primer orden, prevalecer sus intereses a los de la madre o padre. Simplemente por tratarse de un ser humano en desarrollo, en formación -- emocional y física. Por desgracia son pocos por no decir -- inexistentes los estudios realizados con esta orientación.

A pesar de ello recopilamos la siguiente información:

No existe mecanismo para garantizar el secreto de la intervención de un donador en la concepción de un nuevo ser. De igual forma, se calcula lo difícil que resulta a los descendientes conocer tal situación si había permanecido oculta. Así pues, se presenta "la posibilidad de que los padres hagan comentarios hirientes a los hijos (v. gr.: 'tú no eres hijo mío') en situaciones desagradables; la angustia que significa para los hijos no saber quienes son sus padres biológicos y, por último, el fomento del concepto de que los do--

301. Artuz, Antonio. Ob. Cit., p. 28.

nantes no están obligados a asumir la responsabilidad por -- sus hijos biológicos".³⁰²

La posibilidad del padre biológico de no conservar su anonimato y deseen ver a sus hijos, se ha convertido en una realidad. En los E.U.A., son dos los casos en esta hipótesis de padres genéticos que recurren a los tribunales de justicia y obtuvieron el derecho a visitar a los niños engendrados con sus espermias. Perturbando en consecuencia las relaciones familiares originales entre hijo y padre legal.³⁰³

Por lo tanto, la intervención de un donador en la procreación de un hijo, sea inseminación artificial, fecundación 'in vitro' o cualquier otro método, debe de ser una decisión muy cuidadosa y estricta, deberá incluir una evaluación psiquiátrica de la pareja. De esta forma, las parejas con problemas psicológicos se les recomendaría la adopción y no alguno de estos procedimientos.³⁰⁴

302. Terra Ziporyn. Ob. cit., p. 293.

303. Loc. cit.

304. Artuz, Antonio. Ob. Cit., p. 28.

D) Aspectos económicos de la concepción artificial.

Manejar costos en cualquiera de estas técnicas resulta inexacto y de poca validez general, decimos esto por no existir información nacional a la cual recurrir. Los centros de investigación públicos o privados se niegan a ofrecer cifras en moneda del país, cuando lo hacen, se refieren en dólares estadounidenses como moneda internacional. En este orden de ideas, Zárate y MacGregor nos dicen que en números redondos y con cifras aproximadas la evaluación clínica inicial de la pareja para 1985 cuesta 2 000 a 3 000 dólares.

Cada intento de fecundación 'in vitro' tiene un precio de 3 000 a 5 000 dólares, si consideramos un mínimo de tres intentos por tratamiento el gasto inferior será de 9 000 a 15 000 dólares, si tomamos en cuenta el estrecho porcentaje de éxito -38%, cada intento adicional para incrementar ese porcentaje implica un desembolso extra.³⁰⁵

El Dr. Ruiz Velasco, propietario del Centro para el Estudio de la Fertilidad no proporciona el costo de la fecundación 'in vitro' en su establecimiento. Afirma: "La cifra es mucho menor de los 6 000 ó 7 000 dólares que cobran las clínicas de Estados Unidos de América."³⁰⁶

1. Nivel socioeconómico.

El principal móvil que induce a las parejas para hacer uso de alguna de estas técnicas, sin duda alguna es la imposibilidad o deficiencia para procrear. Este fenómeno se presenta en cualquier estrato socioeconómico, recordemos que en

305. Zárate, Arturo, Mac Gregor, Carlos. Ob. cit., p.30

306. Robles, Manuel. Ob. Cit., p. 20.

el ISSSTE, IMSS y en la consulta privada se diagnostican casos de esterilidad. Por lo mismo, podemos afirmar de manera válida que el aspecto económico no tiene influencia determinante en la génesis del padecimiento. No afirmamos lo mismo si hablamos de su tratamiento.

2. Esterilidad -vida económicamente activa

Si bien, la esterilidad no limita las actividades de las personas que la padecen en un primer momento, la parte psicológica y emocional está implicada. Esta limitación, si no es bien manejada puede inducir insatisfacciones que a largo plazo pueden modificar el desempeño de los sujetos esteriles en todos los ámbitos, entre ellos el económico.

Retomemos el hecho de que los sujetos que acuden a los servicios médicos solicitando tratamiento por esterilidad, - su edad promedio oscila entre los 15 y 34 años, la etapa productiva de la población.

Si a esto agregamos que la salud biológica, psicológica y ambiental es un recurso que favorece la productividad del hombre y la economía de la población, lo que se traduce en la elevación del nivel de vida y bienestar de la comunidad. - Afirmamos que cualquier padecimiento, independientemente de su naturaleza -biológica o psicológica- altera las actividades de quien lo sufre. En este caso, la imposibilidad de procrear puede transformar las actitudes y el comportamiento general de la persona. Así, su repercusión en las actividades laborales y en la economía se pondrá de manifiesto directo o indirectamente.

E) ¿Se justifica el tratamiento de la pareja infértil en países subdesarrollados?

Incluimos este tema en el desarrollo de nuestro trabajo con la finalidad de obtener un conocimiento más íntegro.

A primera vista, se podría pensar que la respuesta a la interrogante planteada es negativa. Esto si consideramos: - Primero; Dentro de los Programas o Planes Nacionales de Desarrollo de casi todas las naciones en vías de desarrollo se encaminan a reducir sus tasas de nacimiento. Segundo; Hemos establecido en el punto precedente que la esterilidad y sus dimensiones como problema de salud pública, no son tan significativas comparadas con otras afecciones morbosas. Tercero; Los fuertes gastos en Investigación, capacitación y perfeccionamiento de las Técnicas de Concepción Artificial. El aplicar a un número reducido de personas un tratamiento de costo elevado y de bajas posibilidades de éxito, implican erogaciones que bien podrían canalizarse a satisfacer necesidades inmediatas en otros rubros de salud pública.

No obstante lo anterior, pasamos a explicar por qué favorecemos lo contrario.

Partimos de la siguiente afirmación: "Los problemas fundamentales de un país subdesarrollado no emanan por necesidad de su alta tasa de nacimiento, del aumento de su población o de la concentración de ésta en las ciudades. El subdesarrollo no se debe al exceso de la población, sino, más bien, hay demasiadas personas por que hay subdesarrollo".³⁰⁷ En consecuencia, todo esfuerzo deberá de estar orientado a educar a la población. Tarea poco más que difícil por con-

307. De Acosta, Oscar. "¿Es justificado el tratamiento de la pareja infértil en países subdesarrollados?", Actualidad en Endocrinología, Cuba, Vol. 4, núm. 3, 1980, p. 4.

llevar modificaciones ideológicas y en consecuencia cambios socioeconómicos.

1. Implicaciones sociales.

En nuestros días, el tener o no hijos, es una situación que la mayoría de las culturas conceden en mayor o menor grado un valor social. Un conjunto de complejas relaciones familiares y sociales, estereotipos y creencias son incorporadas al matrimonio como institución y a la procreación. En ciertos lugares, sobre todo en las culturas latinoamericanas, el no tener hijos es visto como un castigo, una tragedia personal, una humillación.³⁰⁸

2. Implicaciones para las instituciones de salud.

La infertilidad y la esterilidad, como problema de salud importante, dependerá de un incremento considerable en la demanda de estos tratamientos; las causas son múltiples, desde una infección hasta causas totalmente desconocidas.³⁰⁹

La clínica de reproducción que ofrece una atención médica y una investigación sobre la infertilidad de calidad elevada gana en prestigio y el respeto de la comunidad, crea un personal científicamente capaz y una comunidad sexual educada.³¹⁰

Si bien, en la actualidad se recurre a las técnicas más sencillas como lo es la inseminación artificial, el perfeccionamiento y el manejo habitual de los métodos de mayor complejidad, fecundación 'in vitro', se presentarán en un futuro inmediato.

308. De Acosta, Oscar. "¿Es justificable el tratamiento de la pareja infértil en países subdesarrollados?". Ob. cit., p. 5.

309. Ibid., p. 6.

310. Loc. cit.

3. Implicaciones jurídicas.

Nuestra Constitución Política, en el artículo cuarto, párrafo tercero establece que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud. En consecuencia, toda investigación o experimentación encaminada a la consecución y preservación de las funciones reproductivas humanas se justifica por sí misma.

En resumen:

El tratamiento de las parejas con problemas de reproducción biológica en países subdesarrollados no afecta en forma considerable la tasa de nacimiento. Los mejores contraceptivos son un desarrollo socioeconómico, la civilización y la cultura por crear nuevos valores y diferentes estados mentales.³¹¹

Se justifica el tratamiento de la pareja infértil en todos los países por las siguientes ventajas:

1. Por satisfacer las necesidades médicas, morales, humanas, sociales y económicas de la población.
2. Respeta la libertad de la pareja para decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos.
3. Incrementa el prestigio de los servicios nacionales de salud.
4. Aumentarán los conocimientos científicos del personal médico.³¹²

311. De Acosta, Oscar. Ob. Cit., p. 9.

312. Ibid., p. 7.

III. VALOR

La axiología jurídica, "es la parte de la filosofía del Derecho que estudia el objeto Derecho en su referencia y vinculación a los valores".³¹³ El concepto de valor lo podemos establecer como "estimación o precio de las cosas".³¹⁴

Miguel Reale, nos dice que el término valor, tiene una naturaleza trivalente y una triple función dentro de la experiencia jurídica:

- 1) Valor como elemento constitutivo de esa realidad, -- función óptica.
- 2) Valor, como prisma de comprensión de la realidad por el constituida, -- función gnoseológica.
- 3) Valor, como razón determinante de la conducta, -- función deontológica.

Siendo el valor, el condicionante de todas las formas de convivencia legal.³¹⁵

La concepción dialéctica de la experiencia jurídica, en palabras del citado autor, es el resultado de la tarea humana de dar valor a las cosas y a los actos. Es el valor el elemento de medición que posibilita la relación entre sujeto y objeto.³¹⁶

En seguida, abordaremos algunos elementos de medición formulados para las técnicas de concepción artificial:

313. Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. Cit., T. XXVI, p. 620.

314. Rafael de Pina, Diccionario de derecho, 13ava. ed., México D.F., Ed. Porrúa S.A., 1985, p. 480.

315. Reale Miguel. "Posición del Tridimensionalismo Jurídico Concreto" Ob. cit., p. 333.

316. Ibid. p. 338.

A) Posición de la iglesia católica.

El documento que reúne la posición de la Iglesia católica sobre las cuestiones suscitadas con la aplicación de las técnicas de concepción artificial, se resumen en "La Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación". A continuación, extraemos las ideas más significativas a nuestro parecer:

En primer lugar señalamos los criterios fundamentales - en los cuales se sustentan los juicios morales emitidos por esta institución:

- 1) La transmisión de la vida en el matrimonio.
- 2) La vida física, es considerada como el apoyo y desenvolvimiento de los valores personales.
- 3) La inviolabilidad del derecho a la vida del ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte.
- 4) La propagación de la vida deberá de "verificarse de acuerdo a las leyes sacrosantas, inmutables, e inviolables de Dios, las cuales han de ser conocidas y respetadas por todos". En consecuencia, reprueba los modernos procedimientos empleados en genética vegetal y animal, así como la fecundación "in vitro".³¹⁷

1. Embriones humanos:

La iglesia católica, atribuye idéntico significado ético a los términos; cigoto, pre-embrión, embrión y feto. En el Concilio Vaticano II, formuló su doctrina, según ésta, la

317. Ratzinger, Joseph. "La voz del papa" Universitas, núm. 72, - 1986, p. 19.

vida ya concebida, deberá de salvaguardarse desde la concepción y afirma: "Desde el momento en que el óvulo es fecundado, se inaugura una nueva vida que no es la del padre ni la de la madre, sino la de un nuevo ser humano que se desarrolla por sí mismo. Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces".³¹⁸

2. Investigación:

El diagnóstico prenatal y la investigación terapéutica sobre embriones humanos son ilícitas siempre y cuando se cuenta con el consentimiento de los padres debidamente informados y se salvaguarde la vida e integridad del embrión y madre.³¹⁹ Condena la investigación de embriones obtenidos por fecundación "in vitro", afirma que el investigador usurpa el lugar de Dios, determinará quién vivirá y quién morirá, eliminando seres indefensos. La fecundación entre gametos humanos y animales, la gestación de embriones humanos en útero animal, la posible construcción de úteros artificiales, la fisión gemelar, clonación, partogénesis y la crioconservación, son intentos y proyectos rechazados por ser contrarios a la dignidad del ser humano, lesionan el derecho de la persona a ser concebido y nacer en el matrimonio y del matrimonio.³²⁰

3. Fecundación artificial homóloga:

Al considerar inseparables los dos significados del acto conyugal, es decir, el acto unitivo y procreativo, se rechaza la procreación con este método. Al realizar la fecundación fuera del cuerpo de los esposos se priva de los signi

318. Ratzinger, Joseph. Ob. cit., p. 22.

319. Loc. cit.

320. Ibid., p. 27.

ficados y de los valores que se expresan mediante el lenguaje del cuerpo.³²¹

4. Fecundación artificial heteróloga:

La participación de una tercera persona que dispone el semen o el óvulo, constituye una violación al compromiso recíproco de los esposos y una falta grave contra la unidad -- del matrimonio. Lesiona los derechos del hijo al privarlo de su filiación originaria. "Es contraria a la unidad del matrimonio, a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio y por el matrimonio".³²²

5. Fecundación artificial "in vitro". homóloga:

Por existir una disociación de la fecundación humana y el acto conyugal, este procedimiento no puede constituir una ayuda o una terapia. La intervención de terceras personas, el médico o el biólogo se apropian de la función procreadora, la vida e identidad del embrión se encuentra en sus manos. Se establece un dominio de la técnica sobre el origen y sobre el destino de la persona humana.³²³

6. Fecundación artificial "in vitro" heteróloga.

Maternidad sustituta o subrogada:

Ambos procedimientos son rechazados, por ser contrarios a las obligaciones del amor materno, a la fidelidad conyugal,

321. Ratzinger, Joseph. Ob. cit., pp. 35 y 36.

322. Ibid., p. 33.

323. Ibid., p. 36.

lesionan la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y a ser educado por sus padres.³²⁴

La iglesia católica, establece que el matrimonio no confiere a los cónyuges el derecho a tener un hijo, sino sólo el derecho a realizar los actos naturales idóneos a la procreación. Niega rotundamente todo derecho al hijo, de admitirlo, sería contrario a su dignidad y a su naturaleza.³²⁵

B) Concepción artificial

Los aspectos filosóficos y morales surgidos alrededor de la fertilización extracorpórea, y por ende, a las demás técnicas de concepción artificial, se pueden resumir en dos posiciones. La primera, quienes aceptan y se basan en una ética trascendental sustentada en una ley natural calificada de religiosa, principalmente el cristianismo y sus dogmas, en forma especial, los de la iglesia católica apostólica y romana, así como los de la iglesia anglicana; Segunda, quienes sustentan su posición en la ética humana, en los derechos del individuo y de la sociedad, de igual forma, en los principios que rigen la ética médica profesional apoyada en diferentes códigos desde el juramento hipocrático hasta la declaración de Helsinki.³²⁶

1. Argumentos en contra

a) Dentro de la corriente doctrinaria que condena la inseminación artificial, se argumenta lo siguiente:

Castan, califica esta técnica como emancipada de la moral y deshumanizada, "hay que proteger la dignidad del hom-

324. Ratzinger Joseph. Ob. cit., p. 33.

325. Ibid., p. 42.

326. Pérez Tamayo, R. Fertilización extracorpórea; aspectos morales y filosóficos", revista Ciencia y Desarrollo, México D.F., núm. 65, p. 17.

bre, los valores espirituales humanos, y a la larga también la conservación de nuestra civilización y aún la especie misma, amenazada por los procedimientos de la utelogenesis, destructora de aquellos sentimientos básicos de atracción sexual que embellecen la vida y aseguran su continuidad".³²⁷

Battle, nos dice que la inseminación artificial "prescinde de la afición originaria del padre, del amor en su afición primaria como elemento coherente de la sociedad y base de su progreso".³²⁸

Hartínez Val, enfoca la Inseminación artificial como -- "una posible destrucción del orden social familiar y moral. Lo que se pretende que sea un mero procedimiento, una técnica, acabaría practicándose en un mundo anonimizado, en un mundo impersonal y absurdo".³²⁹

Collingnon, permitir para este autor la Inseminación artificial es: "reconocer el sabotaje de la familia, admitir la desaparición de la ley de la sangre, destruir el respeto debido a las herencias morales, quebrantar la grandeza de la unión del hombre y de la mujer, sembrar en la sociedad los gérmenes de su decadencia inmediata".³³⁰

Hermuydio Figuero, nos dice que es ilícita exclusivamente la Inseminación artificial homóloga porque permite a los cónyuges con afecciones orgánicas o fisiológicas lograr una de las finalidades del matrimonio, la procreación.³³¹

Para Gia Domenico Pisapia, la Inseminación artificial de

327. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 308.

328. Ibid., p. 309.

329. Loc. Cit.

330. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 309.

331. Sanguino, Madariaga, Alario. "La Inseminación y Fecundación Artificial; Aspectos Jurídicos". Ob. cit., p. 389.

be de ser prohibida y castigada, por ser un acto contrario a la naturaleza. (Practicada, sin el consentimiento del esposo perturba el matrimonio y la relación de procreación.³³²

b) Fecundación "in vitro".

La Inmoralidad con que es calificada esta técnica, resulta de los siguientes argumentos; 1) Obtención del semen por masturbación. 2) Por el proceso de implantación de embriones después de haber sido fecundados todos los óvulos. 3) El éxito en la implantación es muy bajo 20%, con la correspondiente expulsión y muerte del embrión. 4) Eliminación de los embriones sobrantes o su almacenamiento por congelación. 5) Una tercera parte de los embriones logrados termina en aborto.³³³

Roberto Tozzini, afirma que el carácter experimental de este procedimiento, representa una manipulación del embrión mismo, sin seguridad y con riesgos, sobre todo, sin el consentimiento del bebé por nacer.³³⁴

c) Donación de células germinales.

El hombre al igual que la mujer éticamente no pueden disponer, ceder o transferir sus células germinales, su realización es un acto inmoral contrario a la naturaleza por no realizarse entre los esposos, por no existir una cópula perfecta y porque la procreación de un hijo es una participación personal de los esposos.³³⁵

332. Ibid., p. 390.

333. Pacheco, Escobedo, Alberto. Ob. cit., p. 113.

334. Tozzini Roberto, "Aspectos éticos y médicos de la fertilización 'in vitro' en la Argentina", Bol. A. N. de Medicina, Argentina, - Vol. 65, 19 1987, p. 18.

335. Silva Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial; aspectos jurídicos". Ob. Cit., p. 205.

d) Inseminación 'post-mortem'.

La inseminación 'post-mortem' con semen del marido no debe de permitirse por el ordenamiento. "ontológicamente el hijo ha sido concebido cuando el dador del semen ya había dejado de existir, de ser. Podría afirmarse entonces que ese semen no es atribuible a persona alguna al momento en que la inseminación se realiza y la fecundación se logra. Desde esta perspectiva el hijo podría, a lo sumo, decir que fue engendrado con semen conservado de su padre, pero no por su padre, y ello conduciría a concluir que ese hijo no tiene padre".³³⁶

2. Argumentos a favor.

Trataremos a continuación los razonamientos que apoyan la ejecución de las técnicas de concepción artificial.

En primer lugar, se afirma que los médicos que aconsejan y practican la inseminación artificial no existe ningún problema en su posición, consideran esta técnica como una -- más dentro de la medicina.³³⁷

Una serie de afirmaciones encaminadas a justificar la inseminación artificial, aplicables de igual forma a los restantes procedimientos, postula que por estas prácticas se logra satisfacer la necesidad fisiológica y psíquica de la maternidad para la mujer.

El hecho de existir en la actualidad más de 2 000 niños nacidos por el procedimiento de fecundación "in vitro", sin que se haya detectado malformaciones o enfermedades, es sin duda otro argumento favorable.³³⁸

336. Ibid., p. 204.

337. González Osegura, Felipe. p. 43.

338. Tozzini, Roberto. Ob. Cit., p. 18.

Existen millones de embriones que son destruidos a diario mediante los dispositivos intrauterinos. Si bien, han sido condenados, no han motivado rechazo ni polémica como la generada con la fecundación "in vitro".

Ahora bien, "la destrucción de embriones no es necesaria en la fecundación "in vitro", sólo que intencionalmente se desea obtener un exceso para fines colaterales", como la experimentación o almacenamiento.³³⁹

Salvo mejor opinión, el criterio más equilibrado que limita y soluciona las controversias morales generadas con la ejecución de estas técnicas la ofrece Ruy Pérez Tamayo. En su ensayo, después de una serie de citas anecdóticas afirma que el hombre a lo largo de toda la historia ha buscado siempre un chivo expiatorio a quien culpar de nuestros errores. Por medio de una serie de ejemplos grotescos el citado autor subraya la diferencia entre el instrumento utilizado para llevar a cabo una acción y la intención o propósito con que se realiza. El instrumento es producto de la época, desde un hueso hasta una bomba incendiaria, un simple elemento de la naturaleza puede ser empleado para conseguir diferentes objetivos. "En cambio, la decisión de cómo y para qué usar el instrumento es totalmente nuestra, la responsabilidad de cada uno de nuestros actos nos pertenece, como dijo Ortega; de manera inconfiable o intranferible".³⁴⁰

c) Mujer libre de matrimonio.

Las posiciones se radicalizan en este supuesto. Se emiten opiniones favorables a que la mujer sola pueda tener acceso a la concepción artificial como cualquier pareja. Re-

339. Tozzini, Roberto. Ob. cit., p. 18.

340. Pérez Tamayo, Ruy. Ob. cit., p. 21.

cordemos que no siempre existe la estabilidad presumida en la familia. El modelo familiar, la paternidad y maternidad se interpretan con visiones más amplias y avanzadas en donde está presente aún los lazos genéticos, de gestación, deseo y educación.³⁴¹

Zanini, descarta la inseminación artificial de mujer sola, afirma: "La inseminación de una mujer soltera nos parece un caso patológico. Ni hablar del supuesto en que se seleccionen mujeres ideales (por sus caracteres biológicos o raciales) para recibir el semen de 'hombres ideales', como se dice ocurrió en las experiencias eugenésicas del nazismo. La procreación no es una función biológica que pueda ser objeto de consideración independientemente de la función institucional que aquella cumple socialmente".³⁴²

Un estudio español, sustentado en el discutible principio del bienestar del hijo, basado en el derecho a nacer en condiciones apropiadas para el desarrollo de su personalidad -matrimonio y familia tradicional-, señala que: "Los hijos tienen fines propios y no deben ser instrumentalizados para satisfacción de los sentimentalismos de una mujer solitaria. No cabe el argumento de que una soltera hoy pueda adoptar, pues no es lo mismo proteger, con el remedio posible, a un ser ya existente que provocar, con la colaboración oficial, su venida al mundo en condiciones socialmente insuficientes".³⁴³

Gatti, nos dice que no es lícito ni moral permitir la inseminación artificial de la mujer sola.

La Comisión especial creada en el Congreso de los Dipu-

341. González Trevisano, Pedro. Ob. Cit., p. 111.

342. Silva Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". Ob. Cit., p. 208.

343. González Trevisano, Pedro. Ob. Cit., p. 112.

tados en España, señala: "No puede negarse a priori la bondad y validez de la familia constituida por un solo adulto, como lo prueba el hecho legal de la familia constituida por personas solas que adoptan hijos". Se argumenta en su favor: El hecho de ser una maternidad deseada, educada y legal; no genera los conflictos implicados en la maternidad subrogada.

Concluye la Comisión recomendando su práctica siempre y cuando la mujer acredite la capacidad para educar y sustentar al hijo.³⁴⁴

González Trevisano, se manifiesta en favor de la inseminación de la mujer sola. Justifica su posición mediante argumentos constitucionales. Así nos dice: "Si nadie es discriminado por estar casado o viudo, tampoco puede serlo por su condición de soltero. Si el Estado permite la inseminación artificial de las mujeres casadas, todavía más, de las solteras con pareja estable acreditada, no hay argumentos jurídicos-constitucionales que expliquen la exclusión de la mujer sola."³⁴⁵

Hemos transcrito los argumentos en pro y en contra, podría pensarse excesivo, no lo consideramos de esta forma. El tema es apasionante de solución nada fácil, en ambas posiciones existen argumentos de peso.

Esta hipótesis no es una situación normal. El Estado interviene en su papel de autoridad fiscalizadora en auxilio de una mujer sola con limitaciones psicológicas que le impiden establecer una relación con un hombre. El hijo, antes de ser procreado, se sabe, carecerá de padre con los problemas psicológicos y sociales que esto implica.

344. González Trevisano, Pedro, Ob. Cit., p. 112.

345. Ibid., p. 113.

Si jerarquizamos intereses prevalecen los del hijo. El Estado no puede autorizar una práctica que de antemano ofrece un porcentaje mayor de desventajas para el bebé. Manifestamos con antelación la imposibilidad para garantizar un ambiente armonioso y adecuado para el desenvolvimiento del hijo, -- sean padres unidos en matrimonio, en unión libre, u hombres y mujeres en lo individual.

Por lo tanto, argumentos jurídicos para vedar el acceso de estas técnicas a la mujer sola no existen, pero moral y -- éticamente es inadmisibile permitir su ejercicio. El derecho no son sólo normas jurídicas, son hechos y valores plasmados -- en las primeras.

Estamos convencidos y recomendamos la aprobación de legislación prohibiendo el acceso de estas técnicas a las personas individuales sea mujer u hombre.

D) Acto unitivo - acto procreativo.

Quienes reprobren cualquiera de las técnicas de concepción artificial, en general, parten de la siguiente premisa: "En el matrimonio, las funciones orgánico-sexuales son inseparables. Por tal razón, la licitud de la reproducción humana está condicionada a que se logre mediante la cópula perfecta. Lo contrario importaría una violación sui generis a la ley natural". Se afirma de igual manera que al permitir estos procedimientos existe la posibilidad de destruir los sentimientos básicos de atracción sexual humana. Sin embargo, ésta y la premisa anterior son totalmente falsas.³⁴⁶

Antes de continuar con nuestra exposición, y por ser ne

346. Sanguino Madariaga. Allario. "La inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos". Ob. cit., p. 385.

cesario para su comprensión, formularemos el siguiente razonamiento; Por deducción lógica, lo primero no necesariamente implica lo segundo. Decir que no se debe hacer X sin hacer Y, no implica que no se debe hacer Y sin hacer X, V. gr.: la prohibición de conducir un auto sin tener los ojos bien abiertos, no implica la prohibición de tener los ojos bien abiertos sino se conduce un auto. La ejecución del primero no implica en forma necesaria y automática lo segundo, cada uno se concibe en forma autónoma.³⁴⁷

De igual forma, el acto unitivo o relación sexual no implica la obligatoriedad de la procreación o relación genética. Por otra parte el acto artificial fecundo no es sólo procreativo, es de manera complementaria un acto unitivo, no obstante la eventual esterilidad al cuerpo de la mujer, el misterio que rodea el encuentro de la célula materna y paterna no es menos profunda que la ocurrida en la vagina en condiciones normales. El padre y la madre se reúnen genéticamente -- por medio de su único hijo viviente, es una reunión de "dos personas en la carne de uno" tan verdadera y válida como lo es la lograda a través de los órganos genitales.³⁴⁸

La pareja estéril, logra la unión genital y genética por medio del delgado puente representado por la inseminación artificial o la fecundación "in vitro", sin que esto implique la supremacía del género humano, lo mismo ocurre en la fecundación normal basta mencionar el diagnóstico prenatal.³⁴⁹

No está reñido lo unitivo y lo procreativo, ni son más importantes los aspectos genitales y genéticos, tal hipótesis deberá de calificarse como un ideal orientativo en condicio-

347. Lombardi Vallauri, L., "Manipolazioni genetiche e diritto", Rivista di diritto civile, Padova Italia, anno XXXI, No. 1, 1985, p. 13.

348. Ibid., p. 14.

349. Ibid., p. 15.

nes normales. Así pues, no todo esto que es más bello es - - obligatorio, ni todo esto que es menos bello en abstracto es necesariamente prohibido.³⁵⁰

Por otra parte, "el instinto sexual es tan poderoso, la atracción de los sexos tan intensa, que nadie puede osar concebir, cualesquiera que sean los progresos futuros de la biología, que la pareja humana prefiera el procedimiento de la inseminación artificial y prescindiera totalmente de la compenetración efectiva de los sexos, mediante la cópula carnal".³⁵¹

Concluimos este punto afirmando que ambos aspectos deben de ser considerados por separado y en forma autónoma. El acto unitivo, es en primer lugar una respuesta al instinto sexual, a una necesidad fisiológica afectiva que proporciona placer. El acto procreativo, en condiciones normales es un misterio, la pareja ignora el momento en que se efectúa la fecundación. No se puede afirmar que la relación sexual o acto unitivo se realiza con la idea conciente y exclusiva de concebir un bebé.

Si sostenemos que todo acto procreativo implica un acto unitivo, nos lleva al absurdo de considerar que toda relación sexual forzosamente debe de culminar en la concepción de un nuevo ser.

E) Secreto o publicidad sobre las circunstancias de la concepción

A la pregunta, de si es recomendable el secreto sobre las circunstancias que rodean la gestación de un ser habido -

350. Lombardi Vallauri, L., Op. Cit., p. 15.

351. Gatti, Hugo. Ob. cit., p. 310.

con la participación de una de las técnicas de concepción artificial], así como la identidad del donante cuando éste inter venga en su generación, se formulan dos respuestas antagónicas; quienes opinan que debe de garantizarse tal secreto; y quienes se postulan por la transparencia de los hechos, reconociendo el derecho del hijo a saber su origen biológico.

Vidal Martínez, nos señala al respecto, el rechazo a una legislación dictada de espaldas a los notables avances de la ciencia sobre el conocimiento de la reproducción humana. "La verdad con mayúsculas. La verdad, aunque pueda resultar dura, es apetecible y buscada. El legislador latino zanjó el problema atribuyendo la paternidad del hijo nacido de mujer casada al marido, pero esa regla rígida que apenas si sabe de excepciones, repugna al realismo crítico de un amplio sector doctrinal".³⁵²

Rivero Hernández, ataca la dura aplicación de las instituciones tradicionales con la siguientes afirmaciones:

Alegar como auténtico lo falso no es proteger la legitimidad. No cabe hablar del interés del hijo. La moderna psicología ha demostrado el perjuicio que podría reportarle vivir en el hogar del marido conociendo éste que no es el padre. Tampoco alegar que se está defendiendo la paz de la familia legítima. Una situación como la antedicha si es impuesta, envenena forzosamente las relaciones familiares. "El niño encontrará probablemente más afecto junto a sus verdaderos progenitores. La paz de la familia en todo caso se mantendrá mejor apoyada en la verdad que soportando indefinidamente la mentira y la ficción".³⁵³

352. Vidal Martínez, Jaime. El hijo legítimo, su concepto y determinación en el Código Civil Español, Madrid, España. Ed. Montecorvo, S.A. 1974, p. 75

353. Loc. cit.

González Trevisano, considera necesario regular el reconocimiento jurídico de todos los sujetos participantes en la generación de un ser, reconociendo la persistencia del problema para establecer la condición de padre o madre, así como la asignación de derechos y obligaciones.³⁵⁴

El hijo concebido y procreado con la participación de un donador, podría tener interés en conocer la identidad de su padre biológico por razones médicas.³⁵⁵

El temor de que la identificación de los donantes o las circunstancias de la concepción del hijo ponga en peligro la estabilidad familiar, es inoperante. "Si las relaciones entre el nacido y los que asumirán la condición de padres es sólida seguirá siéndola, aún con el conocimiento de su origen, y si no lo fuera, no hay que culpar de ello a personas o circunstancias ajenas".³⁵⁶

Como hemos dejado de manifiesto en párrafos precedentes, nuestra posición se orienta en favor de la transparencia tanto en las circunstancias que rodean el nacimiento del bebé -- concebido con alguna de estas técnicas, así como de la identidad de los donadores, más sin embargo, esto no debe de ser -- obligatorio y estar al acceso de todo el público, en principio, debe de ser una facultad privativa de los padres sociales y del hijo. El ordenamiento legal deberá de salvaguardar y garantizar la posibilidad de acceso a tal información a los padres sociales porque sobre ellos recae la responsabilidad de criar y educar al nuevo ser, por consiguiente, la conveniencia para el hijo de conocer su origen es una decisión exclusiva de ellos. Del hijo, porque tiene el derecho a cono-

354. González Trevisano, Pedro. Ob. Cit., p. 100.

355. Silva Rulz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Ob. Cit., p. 207.

356. González Trevisano, Pedro. Ob. Cit., p. 100.

cer su origen genético. El estado deberá salvaguardar la facultad de ejercitar este derecho. El donador no tendrá acceso a tal información, esto es, si consideramos que cuando proporciona su material genético, lo hace sin desear conservar el vínculo filial con el posible hijo, en consecuencia no existe justificación para conocer la identidad del hijo logrado con sus células germinales.

F) La dignidad del concebido.

Entendida como un atributo de realce, de respeto al ser concebido, reconocida por la sociedad y sus integrantes. Tema que nos conduce de nueva cuenta al escabroso problema de determinar el comienzo de la vida humana; ¿Desde cuándo queda establecida la futura persona sujeto de los derechos reclamados? Las respuestas y posiciones son múltiples:

- Para algunos, desde el momento de la fecundación - existe ya un ser humano.
- Otros hablan de un pre-embrión para designar la serie de divisiones celulares progresivas del óvulo fecundado hasta los 14 días.
- Algunos autores señalan el inicio de la vida a partir de la aparición y funcionamiento embrionario del sistema nervioso.
- Algunos más sostienen que la nidación del óvulo fecundado es fundamental, hasta entonces no existe forma de vida perteneciente a la especie humana.

En general, los anteriores enfoques los podemos clasificar en dos actitudes extremas y una intermedia: La primera, sostenida por la doctrina cristiana, le concede al pre-embrión todos los derechos de una persona; La segunda, que con

ceptúa al embrión preimplantado como un tejido celular humano, negándole cualquier derecho; La tercera, la sostenida en forma amplia por la comunidad científica, afirma: el pre-embrión debe de ser tratado con respeto pero no al punto de -- considerarlo un ser humano, aún no se ha establecido como individuo, con un 60% de probabilidad de no realizar su potencial biológico.³⁵⁷

Sin embargo, la célula fecundada no es parte del tejido materno ni paterno; si bien, tiene elementos hereditarios de ambos, su información genética es diferente, única y privada, desde el momento de la fecundación se determina el sexo, rasgos físicos, color de piel, pelo, ojos, temperamento, - - etc.

Se dice, el embrión "No es un ser humano potencial, es un ser humano con potencialidad", entendiéndolo no como un simple agregado celular que podrá llegar a ser un ser humano. De la dualidad óvulo - espermatozoide, debemos distinguir una potencialidad extrínseca y puramente estática de una intrínseca y dinámica. La del embrión es por mucho dinámica y compleja - hasta alcanzar su máxima expresión en el recién nacido. Las células germinales no funcionadas, contienen una potencialidad estática no determinada, es decir, aún no se ha individualizado un nuevo ser, de tal suerte, que su eliminación es la destrucción de información genética del padre o de la madre, pero nunca la de un nuevo ser.³⁵⁸

En palabras de Luigi Lombardi, ese ser humano con potencialidad debe de ser equiparado a un niño o un hombre adulto. El embrión es un ser humano incapaz de entender y querer, y en algún momento de sentir. No necesita de un derecho espe-

357. Tozzini, Roberto. Ob. cit., p. 17.

358. Lombardi Vallauri, L., Ob. Cit., p. 8.

cial, si del derecho común adaptado.³⁵⁹

En forma idela, se señala el derecho del embrión próximo a nacer a una familia con dos progenitores sociales de se xo diferente, que éstos sean en lo posible sus progenitores genéticos, estén unidos en matrimonio o al menos ligados por un lazo afectivo cálido y permanente.³⁶⁰

Si bien, es cuestionable el equiparar un óvulo fecundado 'in vitro' a un niño o un adulto, es inobjetable el respeto y trato especial que nos merece, por lo tanto, consideramos dentro de los derechos del embrión no implantado:

1. El derecho a continuar el proceso de su desarrollo y no necesariamente el derecho a nacer.
2. El derecho a que se resuelva en el menor tiempo posible su destino final.
3. El derecho a salvaguardar la posibilidad de acceso a la información sobre las particularidades de su concepción, así como la identidad de los donadores.
4. El derecho a la inalteración de su información genética, hecha excepción de anomalías congénicas.

G) Manipulación de gametos.

El desarrollo de este apartado lo enfocaremos en dos di recciones: la primera, comprenderá las células germinales co mo unidad y la segunda, el material genético, en concreto el D.N.A.

359. Lombardi Vallauri, L., Ob. Cit., p. 8.

360. Ibid., p. 11.

De las células germinales hablaremos en primer lugar de la crioconservación de gametos; después abordaremos el tema de la fecundación "in vitro".

La crioconservación de gametos es un proceso por el cual se preservan las células germinales congeladas a temperaturas de 196°C bajo cero, de esta forma el esperma puede permanecer disponible por años. Estas muestras, después de ser licuadas conservan 60% de su potencial original aún las que tienen cinco años de estar congeladas. En Australia, el doctor Alan Trouson se ha dedicado a congelar embriones en nitrógeno líquido.³⁶¹

Salvo mejor opinión, sostenemos que si bien el espermatozoide y el óvulo poseen una potencialidad extrínseca y estática para originar un ser humano. Su almacenamiento, manipulación o destrucción no envuelven una transgresión a las leyes de la naturaleza ni a la dignidad del hombre, toda vez que aún no existe ese hombre. "La naturaleza es tan prodiga con la vida, como lo demuestran las células espermáticas que se derrochan diariamente".³⁶² En este orden de ideas, es conveniente recordar que la mujer, en su vida intrauterina alcanza un máximo de seis millones de células germinales, de ellas sólo 450 madurarán hasta convertirse en óvulos aptos para la fecundación; en el hombre, se calcula que en cada eyaculación de semen depositado en la vagina existen de 200 a 300 millones de espermatozoides y uno es suficiente para la fecundación.

La congelación y almacenamiento de embriones, una situación diferente, aquí existe un ser humano con potencialidades, su desarrollo se ve truncado. Sin embargo, sostenemos-

361. "Fecundación y concepción humanas", Ob. Cit., p. 3.

362. Kirby, G.M.G., "La Biotecnología y el derecho", Comisión Internacional de Juristas, Ginebra Suiza, núm. 39, 1987, p. 52.

la inexistencia de un derecho del embrión a nacer, y reconocemos el derecho del mismo a continuar su proceso natural de desarrollo, decidiendo de esta forma su destino lo más pronto posible.

El éxito en el traslado del embrión al útero y la continuación normal del embarazo hasta el nacimiento de un bebé (derecho a nacer) no puede reconocerse legalmente. En condiciones normales es imposible.

1. Fecundación "in vitro" (FAIV)

A este procedimiento, se le formulan las siguientes objeciones:

1. Que se generan y destruyen seres humanos, el hombre se ha convertido en el dueño de crear o no, más vida.
2. Implica necesariamente el sacrificio de vidas humanas en el estado inicial de su desarrollo.
3. Trasgrede leyes naturales.

Del primer planteamiento, diremos que el inicio de la vida humana es un tema que en la actualidad no encuentra una solución unanime, sin embargo, la afirmación de crear nuevos seres o nueva vida, son términos a todas luces mal empleados, en la fecundación 'in vitro' simplemente se ayuda a iniciar el proceso reproductivo tratando de imitar lo mejor posible lo que ocurre en el proceso natural de fertilización e implantación.³⁶³ Desde un punto de vista biológico, "la vida-

363. Acosta, Anibal. "Fertilización extracorpórea. Conquista de una técnica y desvío de esta década", Obstetricia y Ginecología-Latino-Americanas, Vol. 39, núm. 11-12, 1981, pp. 344 y 545.

no es otra cosa que un proceso continuo que se trasmite independientemente. Por lo tanto biológicamente es preferible - no hablar de iniciación de vida sino transmisión vital".³⁶⁴

De igual forma, tampoco existe destrucción de embriones de manera necesaria. Todo embrión obtenido por fecundación 'in vitro' que progresa y se divide por lo general es transferido, y sólo se pierden como ocurre en proceso natural - aquellos que no implantan. Situación diferente es la que resulta de obtener óvulos fecundados con fines diversos a la procreación como lo es la crioconservación, donación o investigación.

La elección del óvulo fecundado a implantar, no implica la selección de un individuo con personalidad propia, entendiendo la personalidad no en su acepción jurídica, sino como la serie de atributos y cualidades que hacen a un sujeto - único y diferente resultado de la suma de factores genéticos y del proceso de socialización.

El tema de la violación a leyes naturales con el procedimiento de fertilización "in vitro", es un principio una afirmación discutible; esto es, si consideramos que cualquier procedimiento empleado en medicina modifica la respuesta natural del organismo para recobrar el equilibrio. La sucesión de una enfermedad es en sí un desarrollo natural, el hombre al emplear medicamentos modifica el proceso natural de esa enfermedad.³⁶⁵ En consecuencia, llegamos a la conclusión de que la modificación a leyes o procedimientos naturales no es un acto reprobable, es la finalidad última lo que podrá ser calificado de bueno o malo más nunca el procedimiento.

364. Acosta, Anibal. Ob. Cit., p. 345.

365. Loc. Cit.

2. Manipulación de D.N.A.

Según Watson, descifrar el mensaje genético puede llenar un libro de un millón de páginas y aún así parte de ese mensaje permanecerá en la obscuridad. Se estima que el genoma humano se compone por cien mil genes, de ellos sólo se han identificado 4 550 y sólo 1 500 de éstos se encuentran perfectamente ubicados en los cromosomas. De igual forma, conocer el mensaje insertado en los genes es una tarea difícil por existir entre 10 y 150 mil códigos.³⁶⁶

Existe la posibilidad de modificar el código genético - en busca de individuos de inteligencia superior o con ideologías preestablecidas, v. gr.: seres más crueles para la guerra; más intrepidos, para viajes espaciales; más deficientes, para trabajos serviles, etc.

No sólo es posible desentrañar el mensaje genético y manipularlo, también es una realidad la combinación de información genética de un organismo a otro; entre bacterias y virus, de estos organismos unicelulares a animales superiores o entre animales superiores.³⁶⁷ De igual forma, "para conducir una gran cantidad de un gen de origen humano, por ejemplo hay que insertarlo en la dotación genética de una bacteria y proceder a un cultivo a gran escala de dicha bacteria". Son estos trabajos los que han hecho muchas hostilidades, se les acusa de atentar contra la calidad de vida e incluso poner en peligro la vida humana.³⁶⁸

Desentrañar el mensaje genético, no representa ninguna transgresión natural o violación al patrimonio genético del individuo, ya que el hombre siempre ha deseado identificar y

366. Olvera, Alberto et. al. Ob. cit., pp. 14 y 15.

367. Roa, Armando. "Los grandes problemas éticos de la medicina corporánea". Revista Médica de Chile, Chile. Vol. III, No. 10, 1983, - p. 1191.

368. Loc. cit.

explotar sus mayores aptitudes y capacidades tanto físicas como intelectuales.

La moral y sobre todo el Derecho deben reprobear la manipulación del código genético con fines de suprimir el libre albedrío del hombre, condicionándolo ideológica y socialmente a patrones preestablecidos. Jurídicamente, tales prácticas representan una involución legal y social, por colocar al hombre en una posición inferior al de un esclavo.

Nuestro orden jurídico, debe de reconocer el derecho al patrimonio genético, entendiéndolo como la inalteración de la información genética paterna y materna, hecha excepción de corregir defectos o enfermedades congénitas. Asimismo, deberá de prohibir la unión de seres contranaturales o hibridación (chimpance-hombre), experimentos que se están realizando en la actualidad y ponen en peligro la identidad del género humano.

H) Etica de la Investigación científica.

El hombre utilizando el método científico ha logrado ampliar el campo de sus conocimientos, los avances en el área biológica son resultado de la aplicación del método científico experimental. Si bien no ofrece problemas mayores la investigación médica en animales de laboratorio, al incluir al hombre como sujeto de experimentación nuestro universo se modifica diametralmente. En este sentido, los aspectos éticos de la investigación deben de ser siempre los mismos; el respeto a la dignidad humana, la valoración de los riesgos inherentes a la investigación por realizar, y la protección a los derechos del hombre.³⁶⁹

369. Kuthy Porter, J., "Etica de la investigación clínica", Gaceta Médica de México, México D.F., 1983, Vol. 3, p.

El empleo de seres humanos con fines puramente de información científica, se remonta a la antigüedad los gobernantes del Imperio persa lo permitieron, situación parecida ocurrió en Alejandría, y en forma regular a lo largo de toda la historia. Sin embargo, la magnitud, crueldad y frecuencia de los experimentos efectuados en los prisioneros de los campos de concentración alemanes, puso de manifiesto la imperiosa necesidad de elaborar un código para regular investigación biomédica en seres humanos.³⁷⁰

En el año de 1947, se promulgó el Código de Nurember, - contiene tres temas fundamentales: 1) Refiriéndose al sujeto de experimentación expresa la necesidad de que éste otorgue su consentimiento voluntario, recibir información; 2) La libertad de retirarse en cualquier momento sin sanción alguna. Respecto al Investigador, sólo podrán participar científicos con capacidad reconocida; 3) En cuanto al proceso de investigación, se justificará si existen posibilidades suficientes de lograr resultados útiles a la sociedad no obtenidos por otra forma, deberá de evitar el sufrimiento o riesgo no indispensable, prohibir la experimentación cuando se conozca de antemano la posibilidad de muerte, invalidez o daño permanente al sujeto en experimentación.³⁷¹

En 1964, la asociación médica mundial adoptó la declaración de Helsinki, comprende una serie de reglas para la investigación clínica. En 1975 en la ciudad de Tokio, revisa su declaración y la amplía a toda investigación biomédica -- que afecte a sujetos humanos:

-- Puntualiza la importancia de la libre participación de los sujetos sin presiones de ninguna especie, con pleno conocimiento de los riesgos. Los derechos y el bienestar --

370. Kuthy Porter, J., Ob. Cit., p. 101.

371. Ibid., pp. 101 y 102.

del individuo deberán prevalecer sobre los derechos de la ciencia o sociedad.

-- Sobre el Investigador, puntualiza su principal obligación consistente en proteger el bienestar, salud y vida del hombre. Señala su responsabilidad moral y legal por los daños o sufrimientos causados al sujeto.

-- Respecto a la Investigación, introduce la obligatoriedad de un protocolo de investigación que observe las bases y principios científicos, consideraciones éticas, y aprobado por un comité nombrado para tal fin.³⁷²

En 1981, La Organización Mundial de la Salud aprueba -- las guías internacionales para la Investigación biomédica -- que afecta a seres humanos. Reconoce la validez de los principios del Código de Nuremberg y la declaración de Helsinki. Su objetivo primario es indicar la manera de ser aplicados -- principalmente en países en desarrollo, tomando en cuenta -- las circunstancias socioeconómicas, disposiciones legales de cada nación. Amplia y precisa el concepto de consentimiento informado, el carácter irrenunciable al derecho de compensación económica en caso de accidente y la confidencialidad de los actos.³⁷³

No obstante lo anterior, los problemas éticos de la investigación científica no se han resuelto en su totalidad, -- en esencia todos los Códigos son limitados. "La ética médica significa el juicio crítico la reconstrucción constante y continua de los cuerpos de prescripciones y prohibiciones, -- en el contexto de una teoría total de la moralidad humana".³⁷⁴ Dentro de esas limitaciones señalamos las siguientes:

372. Kurthy Porter J., Ob. Cit., p. 102.

373. Ibid., p. 103.

374. Loc. cit.

1. La pregunta: ¿Si los derechos humanos son cambiantes o si se mantienen firmes y es sólo cuestión de criterios de aplicación, con base en la evolución de los conocimientos y las estructuras sociales que establecen un cambio aparente? ³⁷⁵

2. En la actualidad, la investigación como actividad y la autonomía del investigador están influidas por circunstancias sociales, políticas y económicas. ³⁷⁶

3. La confusión entre norma ética y la ley que puede suscitar "así por ejemplo, consentimiento libre y voluntario no es una noción moral, sino un precepto legal". Y puede ser aceptado por el médico como un requisito administrativo. ³⁷⁷

El consentimiento voluntario, ofrece al paciente la libertad de rechazar o aceptar el experimento en la medida en que comprenda con claridad sus alcances. La barrera de la información médico paciente se acentúa en los países en desarrollo por diferencias socioeconómicas, culturales, educativas y hasta de lenguaje, la capacidad del paciente para recibir y manejar información es limitada, lo que se traduce en una negociación desigual e injusta entre médico y enfermo sujeto de experimentación. ³⁷⁸

4. La más importante, "la diferencia entre los sistemas de valores morales que sustenta cada parte. Lo que plenas sobre el significado de la vida, del dolor, de la invalidez, etc., cada uno, son circunstancias que condicionan cómo se ofrece la información por el médico y cómo se recibe por-

375. MacGregor, Carlos, et. al., "Aspectos de la reproducción relacionados con los derechos humanos", Gaceta Médica de México, Vol. 117, núm. 7, 1981, p. 266.

376. Kurthy Porter, J., Ob. Cit. p. 103.

377. Ibid., p. 105.

378. Loc. cit.

el paciente".³⁷⁹

La fecundación "in vitro" y la ingeniería genética, genera otros cuestionamientos: primero, el momento a partir -- del cual se inicia la existencia de un ser humano, sobre este tema hemos dejado de manifiesto la disconformidad aún entre los que sostienen una misma corriente. Segundo, la fecundación "in vitro" es un procedimiento cuya simplificación so brevendrá con el tiempo, se pondrá al alcance de un mayor número de especialistas con la posible distorsión de los principios y finalidades para su aplicación. Tercero, la modificación del código genético, más que una posibilidad es una realidad en consecuencia debe de protegerse el patrimonio genético y la identidad biológica de las personas.

Nuestro país, muy acertadamente se ha adelantado a las recomendaciones de la O.N.U. y de la O.M.S., al establecer -- no sólo consejos de investigación médica, sino también, comisiones de ética que por ley deberán funcionar en establecimientos que desempeñen investigación en seres humanos. Si bien, la experimentación biomédica en el hombre es poco desarrollada en nuestro país, los comités de ética funcionan en algunos Institutos, como el de la nutrición "Salvador Zubirán". En el IMSS, la investigación biomédica se concentra -- en el área metropolitana, Guadalajara y Monterrey, en donde se encuentran estructurados algunos comités de ética.³⁸⁰

En resumen la ética, busca no sólo enunciar principios -- señaladores del bien y del mal, sino mecanismos para hacer operantes tales principios en una voluntad indisciplinada.³⁸¹ La ética es una cuestión personal, el comprender y asimilar la información por parte del individuo sujeto a experimentación es indispensable, de lo contrario el simple cumplimen-

379. Acosta, Anibal. Ob. Cit., p. 344.

380. Murthy Porter, J., Ob. Cit., p. 108.

381. Roa, Armando. Ob. cit., p. 1184.

to de protocolos éticos proporcionará un respaldo legal para explotar a los desprotegidos económica y culturalmente sin responsabilidad alguna. "La única garantía de que una investigación científica sea moral y humana, es que sea practicada por un investigador, moral, humano y responsable, libre de regímenes opresivos y sujetos únicamente a la inteligencia y juicio de sus iguales".³⁸²

382. Kurthy Porter, J., *Ob. Cit.*, p. 108.

IV. NORMA

En el desarrollo de este tema, trataremos en primer lugar algunos conceptos de 'norma', para pasar en seguida al análisis de varias disposiciones jurídicas vigentes en nuestro país, relacionadas en mayor o menor grado con las técnicas de concepción artificial.

Dentro de la filosofía del Derecho, existen dos corrientes que explican la ontología jurídica y son: La concepción kelseniana y la teoría de Cossio; para el primero, el Derecho como objeto es la norma, perteneciente al mundo de las ideas como lo es el concepto de triángulo; Para el segundo, el Derecho como objeto es la conducta, no es un objeto ideal -norma-, ni natural, es un objeto cultural y existencial.³⁸³

De esta forma, una norma jurídica es una "regla dictada por legítimo poder para determinar la conducta humana".³⁸⁴

Kelsen distingue: Entre normas primarias, "que son las que imputan una sanción (imputan el deber que tiene un órgano de la comunidad, de aplicar una sanción) al supuesto de una ilicitud". Y normas secundarias "son las que determinan, ante una situación de hecho condicionante, ciertos deberes y facultades de los individuos sin prescribir sanciones".³⁸⁵

García Maynes nos dice, las normas "son juicios hipotéticos que hacen depender de la realización de sus supuestos-determinadas consecuencias de derecho (facultades o deberes)".³⁸⁶

Para Tamayo y Salmorán, una norma jurídica es "el medio

383. Enciclopedia Jurídica omeba, Ob. Cit., t. XXVI, p. 620.

384. De Pina Rafael, Diccionario de derecho, Ob. Cit., p. 362.

385. Enciclopedia jurídica omeba, Ob. Cit., t. XX, p. 332.

386. Ibidl, p. 345.

(oral o escrito) por el cual se establece que una conducta - ya no es optativa; sería el instrumento a través del cual -- cierta instancia social establece qué conducta es obligatoria".³⁸⁷

En palabras de Miguel Reale, la norma jurídica es algo más que una simple proposición lógica de naturaleza ideal, - es una realidad cultural y no un mero instrumento técnico-ético para medir la conducta. La elaboración de una determinada norma de derecho es un momento culminante de la experiencia jurídica, en cuyo proceso interviene sin duda alguna el poder, sea estatal o social, pero siempre condicionado -- por un complejo de hechos y valores en función de los cuales se crean las normas de derecho. "La norma jurídica no puede ser interpretada como abstracción de los actos y valores que condicionan su advenimiento, ni de los actos y valores sobre vivientes; así como tampoco de la totalidad del ordenamiento donde está inserta".³⁸⁸

A continuación, examinaremos algunos preceptos jurídicos vigentes relacionados con el tema de la concepción artificial;

A) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁸⁹

El artículo cuarto de nuestra carta magna, prevee:

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

387. Tamayo y Salmorán, Rolando. Ob. cit., p. 28.

388. Reale, Miguel. "Posición del tridimensionalismo jurídico concreto". Ob. cit., p. 331.

389. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1987.

Este artículo se entiende en dos diferentes sentidos, - consagra el derecho de la persona a no procrear en forma necesaria, permite el uso libre de las medidas de anticoncepción. Por otro lado, sienta un principio permisivo para - - quien decida tener hijos. "No se deduce de la norma constitucional ningún impedimento para que la persona titular del derecho, acuda a los modernos medios proporcionados por la ciencia para lograr la maternidad o paternidad".³⁹⁰ Por el contrario, el citado artículo representa un fundamento para hacer uso de las técnicas de concepción artificial.

Por otra parte, la reproducción no puede garantizarse - por un texto jurídico, esto es si consideramos a la reproducción como la etapa última de todo un proceso sujeto a un sin fin de condicionantes que puede ser truncado por cuestiones puramente biológicas a pesar de contar con los recursos económicos, materiales y humanos suficientes.

En consecuencia, consideramos que el artículo cuarto de nuestra Constitución plasma el derecho a realizar los actos idóneos para la reproducción así como el derecho a recurrir a los avances en materia de reproducción humana encaminados a lograr la procreación de un hijo, pero de ningún modo el - derecho a la reproducción, si la medicina no puede garantizar un embarazo exitoso que culmine con el nacimiento de un bebé, es inadmisibles la interpretación legal por la cual se pretende consagrar derecho a un resultado (reproducción) de un procedimiento (gestación), que en condiciones normales es imposible iniciar o llevar a sus etapas últimas.

390. García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 306.

B) Código Civil para el Distrito Federal.

Las disposiciones civiles vinculadas con las Técnicas de Concepción Artificial son el interés medular y la justificación de este trabajo. Su manejo, análisis e implicaciones se realizó en forma amplia. Dedicamos a tal fin todo el capítulo segundo al cual nos remitimos.

C) Código Penal para el Distrito Federal³⁹¹

Dentro de las Técnicas de Concepción Artificial, existen algunas modalidades calificadas de reprobables, dentro de éstas se encuentra la heteroinseminación sin el consentimiento del esposo y la destrucción de embriones producto de fecundación "in vitro", tratar de encuadrar tales conductas en las figuras penales es un razonamiento lógico. Los tipos penales posiblemente vinculadas con nuestro tema son los que tipifican los delitos de: adulterio, contra el estado civil, homicidio, infanticidio y aborto. A continuación examinaremos brevemente cada uno de ellos;

El artículo 273 del Código Penal, tipifica el delito de adulterio en los siguientes términos:

"Se aplicará prisión hasta de dos años y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo".

Hemos expresado en el capítulo precedente, dentro del tema de divorcio, que la heteroinseminación sin el consentimiento del esposo no puede calificarse como adulterio por ser éste un delito sexual y la inseminación artificial es nu

391. Código Penal para el D.F., México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1990.

la como exitante sexual, no hay acto carnal, maxime que el tipo exige que el adulterio se cometa en el domicilio conyugal o con escándalo.

El artículo 277, estatuye:

"Se impondrá de uno a seis años de prisión y multa de cien mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las alteraciones siguientes:

1. Atribuir un niño recién nacido a una mujer que no sea realmente su madre.

Las personas implicadas con este delito y nuestro tema, son: la madre fisiológica que decide conservar al bebé recién nacido sin existir ningún vínculo genético con él; y la madre social, aquella que no es la madre genética ni la madre fisiológica, pero ante la sociedad se ostentará como tal. Si nos apegamos en forma rígida a la letra de la ley, ninguna de las dos es la madre del recién nacido. Por consiguiente, salvo mejor opinión tanto la madre fisiológica como la madre social pueden ser procesadas por este ilícito.

Veamos a continuación el delito de homicidio:

"Artículo 302.- Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro".

El planteamiento es sencillo: La destrucción de embriones obtenidos por fecundación "in vitro", ¿se puede calificar de homicidio?. Hemos afirmado que en el embrión si existe vida y estamos ante un ser humano con potencialidades, --mas sin embargo, no se reúne la calidad del sujeto pasivo -- exigida en el tipo penal. Es decir que ese "otro" debe de ser un sujeto ya nacido, con vida independiente y con capacidad de razonar. El nacimiento del óvulo fecundado 'in vitro', en esos momentos es incierto. Su potencialidad aún no se --

ha desarrollado. En consecuencia no es procedente aplicar el término de homicidio a la destrucción de embriones logrados por fecundación "in vitro".

El artículo 325 tipifica el delito de infanticidio en las siguientes palabras:

"Llámesese infanticidio la muerte causada a un niño dentro de las setenta y dos horas de su nacimiento, por alguno de sus ascendentes consanguíneos.

Una simple lectura de este artículo nos lleva a concluir que la destrucción de embriones no puede ser calificada o equiparada al infanticidio por los siguientes argumentos:

Primero. El tipo exige la muerte del niño dentro de las 72 hrs. de su nacimiento. El óvulo fecundado si no se ha trasladado a un útero, mucho menos han nacido.

Segundo. La existencia del vínculo filial (ascendente-descendente), por lo general no se presenta, de existir es intrascendente por el primer razonamiento.

Analícemos ahora el aborto:

La ley penal tipifica el delito de aborto de la siguiente forma:

"Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez". (artículo 329).

Sobre este tema, al desarrollar el punto titulado "Duración del embarazo", establecimos que los términos: gestación, gravidez, preñez y embarazo se manejan indistintamente como sinónimos. Su inicio lo marcan desde la concepción (fecundación del óvulo por el esperma). Por lo mismo, preñez tam-

bién comprende al óvulo fecundado y no implantado en útero materno. De esta forma, la destrucción de embriones concebidos 'in vitro' podría encuadrar en la descripción del tipo penal de aborto, esta afirmación es discutible pero se apoya en un razonamiento lógico formal.

Para evitar este conflicto de interpretación, es necesario limitar el contenido de los conceptos. Así, gestación es un vocablo que debe referirse exclusivamente al nuevo ser en desarrollo, desde su concepción hasta el parto. Los términos gravidez, preñez y embarazo deberán reservarse a la mujer, -- iniciando su cómputo desde la fijación del óvulo fecundado en el endometrio uterino.

Con este mecanismo, se logra una correspondencia entre realidad social y norma jurídica. Para ello es necesario considerar las posibilidades que ofrecen los métodos de concepción artificial para demarcar los alcances de estos vocablos y superar la conclusión errónea de considerar la destrucción de embriones localizados fuera del útero como delito de aborto. Es recomendable elaborar un nuevo tipo penal que tipifique como delito esta conducta y no forzar el contenido de la norma.

D) Ley General de Salud³⁹²

De este ordenamiento legal, revisten importancia para -- nuestro tema los siguientes artículos:

"Art. 68.- Los servicios de planificación familiar comprenden:

IV.- El apoyo y fomento de la investigación en-

392. Ley General de Salud, México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1989 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984.

materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación humana y biología de la reproducción humana".

El contenido de este artículo es un apoyo a la interpretación constitucional de que no existe impedimento legal para recurrir a las Técnicas de concepción artificial. De igual forma, representa el fundamento permisivo para la investigación y experimentación sobre estos tópicos.

"Art. 313.- Compete a la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos".

Esta disposición es muy importante, señala la autoridad encargada de ejercer el control sanitario sobre las Técnicas de concepción artificial.

"Art. 314.- Para los efectos de este título, se entiende por:

I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: ... productos y cadáveres, de seres humanos, incluyendo los de embriones y fetos.

III.- Embrión: el producto de la concepción -- hasta las trece semanas de gestación.

IV.- Producto: todo tejido o sustancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultado de procesos fisiológicos normales".

Nuestra Ley de Salud, al definir el concepto de embrión no distingue si el óvulo fecundado se encuentra implantado o no en el útero. De esta forma, en nuestro sistema jurídico no debe de existir duda respecto de si el óvulo fecundado "in vitro" es o no un embrión. La ley en forma clara y precisa establece que la calidad de embrión se adquiere desde el momento de la concepción.

Al desarrollar lo que debemos entender por disposición -

de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, incluye los 'productos' y en la fracción V establece los alcances de tal concepto. De esta forma, los óvulos y el líquido seminal son sustancias excretadas por el cuerpo humano resultado de un proceso fisiológico normal. Por consiguiente, consideramos que las disposiciones de Ley General de Salud incluye a las células germinales.

Con las Técnicas de concepción artificial surge la siguiente interrogante. ¿La estimulación artificial del ovario para inducir una ovulación múltiple, así como la masturbación, pueden ser calificados como procesos fisiológicos normales?

"Art. 321.- Los trasplantes de órganos o tejidos en seres humanos podrán llevarse a cabo con fines terapéuticos solamente cuando hayan sido satisfactorios los resultados de las investigaciones realizadas al efecto, representen un riesgo aceptable para la salud y la vida del disponente originarlo y del receptor y siempre que existan justificantes de orden terapéutico. Al efecto la Secretaría de Salud tendrá a su cargo los Registros Nacionales de Trasplantes y de transfusiones".

El contenido de esta disposición lo podemos interpretar afirmando lo siguiente; la inseminación artificial heteróloga sólo se permitirá cuando exista una investigación médica cuyo resultado señale que el problema de esterilidad es insuperable para el hombre. Interpretación cuya aplicación hacemos extensiva a las restantes Técnicas de Concepción Artificial.

Es la Secretaría de Salud la autoridad obligada a crear y tomar a su cargo un Registro Nacional y de seguimiento de donadores de células germinales humanas, así como de los hijos logrados con la participación de éstos.

"Art. 462.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

III. Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.

La importancia de esta norma radica en poner fuera del comercio los órganos y tejidos humanos. Consecuencia de lo anterior, el contrato de maternidad subrogada o arrendamiento de útero es inexistente para el Derecho, toda vez que no existe objeto de contrato.

"Art. 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge".

La importancia de este artículo, se debe a la regulación expresa de la inseminación artificial heteróloga. Sin embargo es una disposición limitada, en la primera parte tipifica un delito y sanciona sólo al inseminador.

La segunda parte es una norma imperfecta toda vez que si la mujer casada acepta inseminarse sin el consentimiento del marido, no existe sanción para el inseminador ni para la mujer.

Por otra parte, con esta disposición, se deja de manifestar que la heteroinseminación sin el consentimiento del marido es una realidad actual. Su repercusión y problemática en materia de filiación es incuestionable, de ahí la necesidad de una regulación civil que la incluya.

"Art. 349.- Para el control sanitario del embarazo se estará a lo dispuesto en este título, en lo que resulte aplicable y en las disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan".

Esta disposición legal, confirma la Interpretación Formu-
lada al contenido del artículo 313 de esta Ley, de igual for-
ma, señala a la Secretaría de Salud como la autoridad encarga-
da para ejercer el control sanitario de los embriones obteni-
dos por fecundación "in vitro" en tanto no sean trasladados -
al útero.

E) Acuerdo de la Secretaría de Salubridad y
Asistencia de fecha 23 de diciembre de 1981³⁹³

Por este acuerdo se comunica la obligación de los direc-
tores de los establecimientos en donde se efectúen investiga-
ciones biomédicas, constituir una comisión de investigación -
propia de los mismos.

Este acuerdo se emite considerando a la investigación --
biomédica como indispensable para el abance de la medicina, -
así como la necesidad de establecer normas para regular tales
procedimientos. De igual forma, la investigación en seres hu-
manos debe sujetarse a principios éticos aceptados universal-
mente sin restringir la libertad de los Investigadores. Los-
artículos más representativos, a nuestro parecer son:

Artículo 6.- Establece la obligación y responsabilidad-
del director del establecimiento, perteneciente al sector pú-
blico, privado o social, en donde se desarrolle investigación
en humanos de contar con una Comisión de Ética.

Artículo 9.- Plasma el deber de las Comisiones de Ética
de emitir un dictamen considerando los aspectos éticos de la-
investigación.

Artículo 10.- Señala que los dictámenes de las Comisio-

393. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 26 de enero-
de 1982, p. 16.

nes de Etica deberán tener como base de juicio las normas éticas de obligación universal para la Investigación en humanos adoptadas por la Secretaría de Salubridad y Asistencia.

La creación de Comisiones de Etica, es una decisión inmejorable, vienen a ser las instancias más eficaces para regular y valorar la Investigación biomédica por ofrecer las siguientes ventajas:

1. Permite la emisión de dictámenes en forma expedita - autorizando o prohibiendo las Investigaciones.

2. Garantiza una fiscalización permanente sobre las Investigaciones en seres humanos, gracias a ellas, la experimentación biomédica y su regulación legal pueden ir a la par. - Así las cosas, no es necesario la emisión de nuevas disposiciones jurídicas que antes de entrar en vigencia son obsoletas y rebasadas por los dinámicos avances científicos.

3. Al ser los investigadores los miembros de estas Comisiones, se aseguran dictámenes acertados, emitidos por peritos conocedores del tema o con mayores elementos de juicio para calificar las Investigaciones.

F) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.³⁹⁴

Del articulado de este ordenamiento, reviste particular importancia el artículo 56, cuyo texto transcribimos a continuación:

"Para efectos de este reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del artículo 6o. del mismo ordenamiento, serán considerados como produc-

394. Ley General de Salud, México, D.F., Ed. Porrúa, S.A. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de febrero de 1985.

tos del cuerpo humano las excretas y las células -- germinales.

Los productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

La disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría".

1. El contenido del párrafo primero, viene a confirmar la interpretación de que las disposiciones de la Ley General de Salud son aplicables a los óvulos y espermatozoides humanos.

2. El segundo párrafo le confiere una categoría y trato especial a las células germinales al no permitir su empleo -- con fines industriales, se establece una diferencia. Lo que es muy acertado, por no tratarse de simples células excretadas, poseen información genética para generar un nuevo ser humano, una potencialidad extrínseca y estática. Si se reconoce una distinción para las células germinales, el óvulo fecundado "in vitro", poseedor de una potencialidad intrínseca y altamente dinámica, implica en forma necesaria una valoración superior.

G) Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.³⁹⁵

Este ordenamiento legal, tiene por finalidad proveer, en la esfera administrativa, el cumplimiento de la Ley General de Salud, en lo concerniente a la investigación para la salud,

395. Ley General de Salud, México, D.F., Ed. Porrúa, S.A., 1989. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de enero de 1987.

en los sectores, público, social y privado. (artículo 1).

En nuestra modesta opinión calificamos el contenido del presente reglamento de gran acierto. Con gran tiento, siguen las recomendaciones de la O.N.U., la O.M.S. creando las comisiones de ética y regula las Técnicas de Concepción Artificial.

Los artículos de mayor relevancia son:

Artículo 14.- Establece las bases a seguir cuando la investigación se realice en seres humanos, entre otras se menciona:

- Que las Investigaciones se sujetarán a los principios científicos y éticos que la justifiquen.
- La necesidad de una experimentación previa en animales o en laboratorio.
- Se realizarán cuando el conocimiento a obtener no se pueda adquirir por otros procedimientos.
- Prevalecerán los beneficios esperados sobre riesgos predecibles.
- Contar con el consentimiento informado y por escrito del sujeto de investigación.

Artículos 21 y 22.- Regulan en XV fracciones los requisitos a cubrir para considerar la existencia del consentimiento informado del sujeto de investigación o de su representante legal.

Artículo 40.- Fracción XI. Prevee las Técnicas de Concepción Artificial, en los siguientes términos:

"Para los efectos de este reglamento se entiende por: Fertilización asistida. Es aquella en la que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización in vitro".

Al legislar sobre inseminación artificial y fecundación "in vitro", las técnicas restantes: transferencia de embriones y transferencia intratubaria de gametos, están incluidas en forma implícita, toda vez que si el reglamento prevee la técnica de ——— complejidad metodológica más elevada (fecundación "in vitro"), en consecuencia, las más sencillas quedan comprendidas y por consiguiente, les es aplicable lo dispuesto en este articulado.

Artículo 43.- Prescribe como requisito necesario para la investigación en embriones y para la fertilización asistida, la carta de consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubino. De conformidad a lo dispuesto por los artículos 21 y 22 de este reglamento.

Artículo 55.- Sujeta las investigaciones con embriones a las disposiciones del Título décimo cuarto de la Ley General de Salud y de este reglamento. El óvulo fecundado in vitro, para nuestro sistema jurídico tiene la calidad de embrión, por lo tanto, legalmente está amparado por estos ordenamientos.

"Artículo 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el del investigador".

Es esta una disposición muy importante porque nos indica el momento para recurrir a cualquiera de las técnicas de Concepción Artificial: 'solucionar problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera', así, se crea una restricción necesaria y saludable a una práctica cuya finalidad única debe ser superar problemas médicos.

Por otro lado, aventaja en forma acertada los conflic-

tos valorativos implicados en estas técnicas al no establecer criterios absolutos. Respetar el punto de vista moral, cultural y social de los sujetos participantes.

Artículo 75 al 84.- Son disposiciones encaminadas a regular la investigación con microorganismos patógenos o material biológico que pueda contenerlos. Señala una serie de requisitos materiales y humanos a cubrir por las instituciones que realicen investigación en este campo. Los microorganismos, según su riesgo son clasificados en cuatro grupos.

Incluye un capítulo de cuatro artículos (85 al 88) para regular la investigación implicada en la construcción y manejo de ácidos nucleicos recombinantes. Por desgracia no hace mención y mucho menos protege lo que llamamos patrimonio genético.

Dedica un capítulo a la investigación con isótopos radioactivos y dispositivos y generadores de radiaciones ionizantes y electromagnéticas. (artículo 89 al 97).

Conviene destacar la creación y regulación de las Comisiones Internas en las instituciones de salud. Al efecto, este reglamento es complemento de acuerdo de la Secretaría de Salubridad y Asistencia del 23 de diciembre de 1982.

Las Comisiones elaboradas son tres: Una Comisión de Ética en caso de que se realice investigación en seres humanos; una Comisión de Bioseguridad, si se desarrollan estudios que involucran radiaciones ionizantes, electromagnéticas, isótopos radioactivos. Microorganismos patógenos y ácidos nucleicos recombinantes; y la tercera, una Comisión de Investigación. (Artículo 99).

En las disposiciones siguientes, se plasman las finalidades de las Comisiones. La manera como se integrarán. Los

requisitos que deberán de cumplir los miembros, asimismo su permanencia en ellas.

La facultad más importante para las Comisiones de Ética, en su papel de autoridad fiscalizadora, está contenida en el artículo 64, fracción III. Cuyo texto transcribimos a continuación:

"En el desarrollo de las investigaciones contempladas en este título deberán cumplirse las obligaciones siguientes:

III. El investigador principal, la comisión de ética, los funcionarios facultados de atención a la salud de que se trate o la Secretaría, deberán suspender o cancelar la investigación ante la presencia de cualquier efecto adverso que sea impedimento desde el punto de vista ético o técnico para continuar con el estudio;"

En forma idónea se garantiza la autoridad de estas comisiones y se deja el control de las investigaciones científicas en manos de personas capaces, conocedoras de sus actividades.

H) Código Civil del Estado de Quintana Roo.³⁹⁶

El presente ordenamiento, al igual que el del Estado de Hidalgo son de vital importancia para el desarrollo de nuestro tema. Si manejamos de manera adecuada y con imaginación algunas de sus disposiciones, encontraremos la solución idónea y más eficaz al problema filial generado con la práctica de estas técnicas. En concreto, si el ser concebido es amparado por la institución jurídica de la adopción plena antes o después del nacimiento. Los resultados son inmejorables. - Nuestro sistema legal no tendría que ser forzado a regular -

396. Código Civil para el Estado de Quintana Roo, México, D.F., 1985, - Ed. Porrúa, S.A.

hechos desbordantes. Los padres e hijos gozarán de una mayor seguridad y tranquilidad al no disfrazar u ocultar la verdad en torno a la concepción y gestación del hijo.

Del articulado de este Código, revisten especial significado para el desenlace de nuestro trabajo las siguientes disposiciones:

"Artículo 929.- La adopción plena requiere:

I. Que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí, que vivan juntos y bien avenidos.

III. Los adoptantes deben tener cinco o más años de casados sin haber tenido hijos".

Los requisitos establecidos para la adopción plena a diferencia de la adopción simple son más rigurosos, las fracciones transcritas son un ejemplo. Para la adopción prenatal, tales peticiones son en parte necesarias. Así consideramos suficiente requerir que los adoptantes sean un hombre y una mujer que vivan juntos y bien avenidos. No perdamos de vista el hecho de ser una situación particular, se está planeando la concepción y/o nacimiento de un nuevo ser, con la ayuda de la ciencia y la autorización del Estado.

La existencia del vínculo matrimonial, al igual que el factor temporal (cinco o más años de casados) sin haber tenido hijos. En lo particular nos parece excesivo, tanto para la adopción prenatal como para la propia adopción.

"Artículo 936.- La adopción plena confiere al adoptado los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentescos que la filiación consanguínea".

"Artículo 937.- La adopción confiere al adoptante y a los parientes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que el parentesco por consanguinidad y afinidad".

Son estos artículos, los que integran en forma legal y plena al adoptado en la familia de los adoptantes y crean un nuevo vínculo filial. Si amparamos bajo estas disposiciones a los hijos concebidos con la participación de un donador de células germinales, su estatus familiar, social y jurídico será más seguro y estable.

"Artículo 938.- La adopción plena entraña automáticamente la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio".

Si hacemos extensivo el contenido de esta norma y lo aplicamos a los donadores de óvulos o espermias, solucionaremos el conflicto generado con la paternidad o maternidad múltiple. Si bien se reconoce su participación, no se confluere vínculo jurídico alguno con la criatura.

1) Código Familiar del Estado de Hidalgo³⁹⁷

De las disposiciones jurídicas previstas en este ordenamiento encaminadas a regular la adopción plena, los artículos más sobresalientes son:

"Artículo 226.- Adopción es la integración a una familia de un menor de edad como hijo de matrimonio previo el procedimiento legal".

"Artículo 227.- El adoptado tiene todos los derechos y obligaciones inherentes a un hijo".

Integrar un niño extraño a una familia y crear un vínculo jurídico equiparado al de los hijos nacidos en matrimonio, pone de manifiesto la prelación de la voluntad dentro de un sistema de Derecho. El contenido de estas normas nos ilustran que una persona ajena o extraña, legalmente puede conver

397. Código Familiar del Estado de Hidalgo, Periódico Oficial del Estado de Hidalgo, México, 8 de diciembre de 1986, p. 12.

tirse en un hijo jurídico. De esta forma, se puede establecer perfectamente un vínculo filial sin recurrir a maquinaciones fraudulentas o violentar la ley como ocurre con las presunciones milenarias de maternidad y paternidad.

"Artículo 230. Si uno de los cónyuges adopta al hijo del otro, el adoptado llevará el apellido de ambos. En este caso, los vínculos consanguíneos existentes entre el hijo que se adopta y su padre o madre según el caso no se destruyen".

"Artículo 231.- Tienen derecho a adoptar:

II.- El cónyuge puede adoptar al hijo del otro cónyuge, habido fuera de matrimonio, o por casamiento anterior".

Estos artículos, son de una importancia sumamente destacada. Ello debido a que permiten a un cónyuge adoptar el hijo del otro. Si encuadramos estas disposiciones a las Técnicas de Concepción Artificial, el cónyuge estéril podrá adoptar el hijo de la esposa logrado con la participación de un donador.

Así, al legislarse con la verdad de los hechos no se comete ningún fraude a la ley. Los padres y los hijos al sustentarse en bases sólidas y transparentes, tendrán mejores expectativas de desarrollo y desenvolvimiento personal.

J) Código Penal para el Estado de Chihuahua³⁹⁸

La Legislación Estatal de Chihuahua, viene a ser la primera en regular localmente sobre la concepción artificial. Así dentro del Capítulo V al abordar el aborto, establece:

"Artículo 219.- No es punible el aborto en los siguientes casos:

398. "Código Penal para el Estado de Chihuahua", Periódico Oficial del Estado de Chihuahua, México, núm. 18, 4 de marzo de 1987, p. 51.

IV.- Cuando el embarazo sea resultado de una -
inseminación artificial no querida ni consentida -
por la mujer, siempre que se practique dentro de -
los primeros noventa días de gestación".

Se trata de una regulación limitada en forma excesiva. -
La inseminación artificial es sólo una de las posibles va- -
riantes que ofrecen las Técnicas de Concepción Artificial. -
No establece pena alguna para aquella, y se orienta a regu- -
lar el aborto consecuencia de la misma.

Es un artículo obscuro en cierta medida. No distingue -
para el supuesto de mujer unida en matrimonio, si la insemi- -
nación se realiza con semen del marido o si se emplea semen -
de un donador.

El problema medular que suscita la práctica de estas --
técnicas, es decir, la relación filial y sus implicaciones, -
no es tratado por la legislación estatal.

V. DIALECTICA DE LA EXPERIENCIA JURIDICA

Dialéctica de la experiencia jurídica, es un conocimiento estructurado por el brasileño Miguel Reale. Representa un complemento a su teoría tridimensional del Derecho. Nos ofrece los elementos para identificar y comprender el dinamismo existente en la interpretación y aplicación del derecho.

Si bien, emplea el término 'dialéctica', lo hace para significar el cambio subyacente en la interpretación de toda norma jurídica a partir de la convivencia del hombre en sociedad y los avances científicos, y no en su acepción marxista.

Sin más preámbulo, pasamos a desarrollar este tema:

La experiencia jurídica no se puede reducir a un proceso creciente de objetivación racional de las relaciones sociales. El mundo jurídico no sólo incluye actividades humanas revestidas de configuración de orden racional.³⁹⁹

El historicismo jurídico de Marx o Hegel, nos ofrecen una visión parcial de la problemática jurídica. Integran en una unidad el ser y el deber ser, excluyendo como a-jurídicos o accidentales los elementos de naturaleza no racional.⁴⁰⁰

La dialéctica de los opuestos nos lleva a calificar como jurídicas a las relaciones sociales o económicas, sólo a partir del momento en que son objetivadas en forma racional como un momento en la vida del espíritu o como una superestructura de las relaciones económicas.⁴⁰¹ Rechaza los facto

399. Reale, Miguel. "Dialéctica de la experiencia jurídica", Revista Persona y Derecho, Pamplona España, 1982, núm. 9, p. 61.

400. Loc. Cit.

401. Loc. Cit.

res que representan valores altamente positivos en la vida - de los individuos o en las comunidades. Hegel sitúa los valores esenciales fuera del ámbito de los sistemas jurídicos que los condicionan, consecuencia de su desprecio por lo particular. Señala en forma acertada, que una actividad social no necesariamente se debe de convertir en una regla de derecho.⁴⁰²

En nuestro siglo, ha surgido un interés renovado por el Derecho como actividad o experiencia, planteando el problema de su comprensión integral, esto gracias a los cambios sociales y tecnológicos ocurridos y que continúan sucediéndose. Así, al mismo tiempo que se proclama la insuficiencia de los sistemas jurídicos, se pretendió reivindicar la supremacía del Derecho social espontáneo sobre el de origen estatal. En respuesta, Miguel Reale elaboró lo que llama 'La teoría dialéctica de la complementariedad', según ésta, es intrascendente determinar a quién corresponde la supremacía, si al Derecho estatal o al Derecho social, por ser ambos complementarios.⁴⁰³

Establece la necesidad de distinguir dos formas fundamentales de experiencia: "La experiencia categorial, que ha sido objeto de una ordenación racional, incluyendo la de naturaleza científica, y la experiencia pre-categorial correspondiente a la vida común de los hombres en sus relaciones espontáneas y siempre cambiantes y renovadas". Ahora bien, el estudio de la experiencia jurídica pre-categorial es imprescindible para la comprensión total del Derecho, con el fin de identificar la correlación existente con las actividades y conductas sociales objetivadas en el plano normativo como instituciones jurídicas.⁴⁰⁴

402. Reale, Miguel. "Dialéctica de la experiencia jurídica". Ob. cit., p. 62.

403. Ibid., p. 64.

404. Ibid., p. 65.

El Derecho, se constituye cuando los juicios de valor - determinados sobre hechos sociales, culminan en una integración racional de naturaleza normativa, sin olvidar aquellos factores irracionales o a-lógicos presentes en la génesis de las relaciones legales, así como su aplicación a los casos concretos.⁴⁰⁵

No puede existir una abstracción total entre las normas jurídicas y Derecho espontáneo o pre-categorial: "La experiencia precategorial es, por el contrario, una experiencia constante e inamovible que continúa extendiéndose después y a pesar de las objetivaciones científicas: no pierde nunca sus exigencias ni sus valores propios, de tal suerte que condiciona siempre el desarrollo de las conquistas de la ciencia, si bien hay que reconocer que éstas influyen sobre ella, alterando su sentido y su ritmo".⁴⁰⁶ El mundo de la vida -- siempre condicionará la experiencia jurídica. Los modelos normativos engendrados por una serie de valores existenciales, a pesar de su fuerza inminente no se separan de la primera. v. gr. una ley, una vez promulgada por el legislador, comenzará a tener vida propia y se libera de las primeras intenciones de su creador. Alteran su significado los cambios en la vida espontánea, los avances científicos o tecnológicos. Pero sobre todo, las alteraciones en las escalas de -- los juicios de valor actúan sobre el significado de las normas jurídicas objetivadas y en vigor.⁴⁰⁷

El significado de las normas de derecho, independientemente de la inalterabilidad de su enunciado formal, se explica sobre todo en virtud de las variaciones que han tenido lugar en la convivencia social, en la vida común donde encuen-

405. Reale, Miguel. "Dialéctica de la experiencia jurídica". Ob. cit., p. 65.

406. Ibid., p. 66.

407. Ibid., p. 67.

tra sus raíces al Derecho. Los avances racionales de la ciencia influyen también sobre la vida en común creando convicciones y modelos de vida que no coinciden siempre con los objetivos científicos. Esta deformación o mal asimilación de los modelos legales se advierte a su vez en la hermenéutica o en la aplicación del derecho. 408

La comprensión de la experiencia jurídica en toda su magnitud, será posible sólo mediante una dialéctica de complementariedad, esencial e inseparable con la experiencia jurídica pre-categorial o espontánea. 409

Considerando la información anterior, estamos en posibilidades de interpretar con mayores elementos de juicio las disposiciones jurídicas del Derecho mexicano vigente vinculadas directa o indirectamente con las técnicas de concepción artificial.

Las actuales normas civiles orientadas a regular la filiación son el resultado de hechos y valores generados en una época específica. Son reflejo o síntesis de conocimientos y fenómenos sociales imperantes en un momento histórico. En nuestros días, los avances científicos en materia de procreación humana, como lo hemos citado con antelación, han revolucionado y cuestionado la aplicación válida de conceptos milenarios, en concreto, la maternidad y paternidad.

Así las cosas, si aceptamos que determinar la maternidad por el hecho biológico del parto es la solución más adecuada a los conflictos suscitados por la ejecución de estas técnicas, debemos reconocer de igual forma la evolución en su significado y en los modelos jurídicos que la regulan.

408. Reale, Miguel. "Dialéctica de la experiencia jurídica". Ob. cit., p. 67.

409. Loc. cit.

La paternidad, es sin duda la figura legal que más ha resentido estos avances. La deformación o mal asimilación de las disposiciones de Derecho y el actual desfase entre norma jurídica y el binomio hecho-valor nos conducen a un callejón sin salida, en el cual, el esposo de la madre, teniendo la seguridad de no ser el padre del hijo de su cónyuge no puede destruir la presunción de paternidad. El padre biológico tampoco puede establecer su vinculación legal con ese hijo.

En términos de Miguel Reale, nuestras actuales experiencias prejurídicas son ricas y cambiantes. Diferentes a las imperantes a principios de siglo cuando se elaboró nuestro Código Civil. En consecuencia, las técnicas de concepción artificial y su aplicación son un hecho, una realidad contemporánea que exige su conocimiento y valoración para poder emitir una regulación jurídica que las prevea. Sin en materia administrativa se contempla algunos aspectos de ellas, debemos reconocer su incidencia en el ámbito civil y regularlas. Sin olvidar su repercusión en el mundo penal.

CAPITULO CUARTO

ANALISIS DE ALGUNOS PROYECTOS Y DISPOSICIONES JURIDICAS EN OTROS PAISES

- I. COSTA RICA**
- II. COLOMBIA**
- III. ARGENTINA**
- IV. BRASIL**
- V. ESPAÑA**
- VI. ITALIA**
- VII. FRANCIA**
- VIII. ALEMANIA**
- IX. SUECIA**
- X. REINO UNIDO**
- XI. E.U.A.**
- XII. PARLAMENTO EUROPEO**
- XIII. PERSPECTIVAS JURIDICAS DE LA CONCEPCION
ARTIFICIAL HUMANA**

I. COSTA RICA

A) Código de familia.

El Código de familia de este país en vigor desde el 7 - de agosto de 1975, contiene dos artículos de importancia relevante respecto al tema en estudio y son:

"Artículo 70.- Es admisible la prueba de haber sido imposible al marido la cohabitación fecunda con su mujer en la época en que tuvo lugar la concepción". 410

"Artículo 72. La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges equipaldría a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad.

Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni - - obligación inherente a tales cualidades". 411

El contenido del artículo 70 faculta al marido para - - ejercitar la acción de impugnación de paternidad con relación al hijo de su esposa concebido por inseminación artificial heteróloga (IAH) no consentida por él, e inclusive al - procreado en forma normal fruto de una relación adúltera.

Posibilidad, que en nuestra modesta opinión ofrece una - solución razonable, transparente y práctica.

Del artículo 72, sus aciertos más sobresalientes son:

1. El hecho en sí de ser el primer ordenamiento latinoamericano que reguló de manera textual los vínculos filiales y el uso de la inseminación artificial.

410. Sanguino Madariaga, A., "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", Ob. Cit., p.203
 411. Silva Ruiz, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Op. Cit., p.205

2. Establece como requisito indispensable, en la ejecución de la heteroinseminación, el consentimiento del marido para la generación de derechos y obligaciones filiales padre-hijo y viceversa.

3. Excluye cualquier posibilidad de intromisión o vinculación legal del tercero donador de semen y el hijo procreado.

El otro extremo, dentro de las deficiencias de esta norma encontramos las que a continuación reproducimos:

1. Se trata de una disposición por demás limitada. Es to es, por constreñirse a la inseminación artificial, si bien, se puede hacer extensiva a algunos casos de Fecundación 'in vitro' (FEIV), deja fuera otras posibilidades, entre ellas la Transferencia de embriones (TE), inseminación artificial post-mortem, y Maternidad subrogada.

2. La legislación formulada sobre Inseminación artificial es insuficiente, toda vez que si se efectúa sin el consentimiento del marido, independientemente de que éste desconozca o no la paternidad. Nos preguntamos ¿si el tercer donador del semen, adquiere los derechos y obligaciones inherentes a esta filiación?

3. ¿Qué ocurre con el tercero donador?, no se le da ninguna importancia a la manifestación de su voluntad. Si proporcionó su semen para un fin diferente al de la procreación y se concibe un bebé con sus células germinales, creemos le asiste el derecho a establecer su vinculación filial con ese hijo.

4. No prevee ninguna sanción civil para la mujer que se hace inseminar con semen de un tercero sin el consentimiento del marido.

11. COLOMBIA

A) Código Civil

Dentro del Código Civil colombiano no existe disposición legal alguna encaminada, en concreto, a regular aspectos de las Técnicas de concepción artificial, sin embargo, se comenta dentro de la doctrina lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, que establece:

El hijo nacido después de expirados los treientos días subsiguientes a la disolución del matrimonio, se presumirá legítimo en cuyas condiciones se mantendrá y tratará hasta que se declare judicialmente su ilegitimidad. 412

Se trata de un sistema imputativo de filiación, por el cual los estudiosos del derecho colombiano se preguntan si se considerará legítimo el hijo habido por inseminación artificial con semen del esposo obtenido antes de su fallecimiento?, y toda vez que el artículo 213 del mismo ordenamiento condiciona la legitimidad del hijo a que haya sido concebido durante el matrimonio.

La respuesta ofrecida, a nuestro juicio es la más sensata. Argumentan que consultando el espíritu de la ley, los hijos nacidos bajo ese supuesto deberán ser considerados para todos los efectos legales, legítimos. "No sería justo que a dos hijos nacidos de una misma madre y de un mismo padre, deban dárseles un tratamiento diferente, por el hecho de haber nacido uno de ellos después de treientos días de fallecido 'su padre'."

412. Sanguino Madariaga, A. "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad". Ob. Cit., p. 200.

B) Código Penal

En el ámbito penal, el Código colombiano en vigor desde el 23 de enero de 1981 plasma dos artículos relacionados con la inseminación artificial, y son:

"El artículo 480 incluye dentro de los Delitos-
contra autonomía personal, sancionado con prisión
de 6 meses a 4 años, inseminar artificialmente a -
una mujer sin su consentimiento. Infracción que -
se agrava tratándose de mujer casada y fuese inse-
minación heteróloga, o de mujer soltera menos de -
16 años". 413

"El artículo 490 consagra como atenuante del de-
lito de aborto el que la mujer encinta se lo cause
o lo permita cuando el embarazo es consecuencia de
acceso carnal violento o abusivo o de inseminación
artificial no consentida". 414

Dentro del Sistema jurídico mexicano, existen dos artí-
culos similares: el 466 de la Ley General de Salud y el 219
del Código Penal del Estado de Chihuahua respectivamente, --
con la salvedad de que las disposiciones colombianas están -
dispuestas dentro de un mismo ordenamiento legal y son de fe-
cha anterior a las de nuestro país cuyos ámbitos espaciales-
de validez son diferentes. En lo que hace al contenido, en-
términos generales son disposiciones limitadas. El problema
que reclama solución inmediata es la filiación, vínculo que-
no aborda el Sistema jurídico colombiano. Para evitar comen-
tarios estériles nos remitimos a las explicaciones de las --
normas mexicanas equivalentes.

413. Escobar Trujillo. Ob. Cit., p. 356.

414. Loc. cit.

III. ARGENTINA

A) Código Civil

Dentro de la medicina latinoamericana, la Argentina es de las pocas que ha registrado el logro de una fecundación - extracorpórea 'in vitro' (FEIV) exitosa. Circunstancia por la cual se le coloca en este aspecto a la cabeza de sus pares latinoamericanos.

Sin embargo, salvo mejor opinión, no existe ningún ordenamiento legal vigente que prevea la FEIV,⁴¹⁵ no obstante lo anterior, del Código Civil argentino destacan los siguientes artículos:

Artículo 63.- Son personas por nacer, "los que no habiendo nacido, se encuentran concebidos en el seno materno". 416

Artículo 70.- "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y - antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si hubieran nacido". 417

Estas disposiciones son de importancia relevante y ejemplo de buena técnica legislativa. Se encuentran formuladas de tal manera que superan la espinosa y escurridisa discusión jurídica de determinar si el óvulo fecundado y no trasplantado es o no una persona. El contenido del artículo 63 es claro, en tanto no se encuentre en el seno materno no puede hablarse de 'personas por nacer'. Tampoco es correcto emplear el calificativo de 'persona', en virtud de que el artículo 70 precisa de manera clara el momento a partir del cual existe legalmente una persona, y es "desde la concepción en el seno materno".

415. Tozzini, Roberto. Ob. cit., p. 22.

416. Bonnet, E.F.P., Ob. Cit., p. 539.

417. Loc. cit.

IV. BRASIL

A) Código Penal

El Código Penal brasileño de 1969 con las modificaciones del 31 de diciembre de 1973 tipificó la inseminación artificial heteróloga como delito CONTRA EL ESTADO DE FILIACIÓN, colocando a Brasil a la vanguardia de las legislaciones penales de todo el mundo. El citado ordenamiento estatuye lo siguiente:

Artículo 208: "Permitir una mujer casada su propia fecundación por medio artificial, con semen de otro hombre, sin que lo consienta el marido.

La pena es de detención, hasta por dos años. - Solamente se procede mediante querrela". 418

El interés primordial de nuestro trabajo se concentra y limita al ámbito civil. Razón por la cual, nos constrañimos a reproducir algunas observaciones formuladas por la doctrina al contenido de este artículo:

1. ¿En qué momento se determina la tentativa y la consumación del delito?, ¿Una vez depositado el semen en la vagina o cuando el esperma ha fecundado el óvulo?

2. Siendo el marido sano y apto para procrear, de consentir la inseminación artificial de su esposa con semen de un tercero, ¿No es esto un ataque al estado de filiación?

3. ¿A quién sanciona; al inseminador, a la mujer o ambos?⁴¹⁹

418. Sanguino Madariaga, A., "La inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Ob. cit., pp. 396 y 397.

419. Ibid., p. 398.

B) Proyecto brasileño encaminado a regular la
 inseminación artificial presentado por Marco
 Aurelio S. Viana:⁴²⁰

El articulado de este trabajo se integra por 26 disposi-
 ciones, los dos primeros establecen:

"Artículo 1.- La inseminación artificial homóloga podrá ser realizada, mediante previo acuerdo entre los cónyuges manifestado personalmente ante el juez de lo familiar".

"Artículo 2.- Es prohibida la inseminación artificial homóloga, la inseminación de mujer sola, separada judicialmente, divorciada o viuda y de mujer casada que ha tenido hijos".

El contenido de estas normas es suficiente para formular una opinión. Lo calificamos de limitado en extremo e inoperante, afirmamos esto por prohibir en forma tajante la heteroinseminación y sólo considerar lícita la inseminación homóloga dentro del matrimonio. La catalogamos de inoperante por no tener razón de ser el artículo que obliga a los cónyuges a acudir ante el juez de lo familiar y manifestar su deseo de procrear con sus propias células germinales, toda vez que no existe posibilidad de crear conflictos filiales. Opinión que se robustece en las disposiciones subsiguientes. Al regular el procedimiento y después de cubrir una serie de requisitos, la autorización obtenida tendrá validez por un año, transcurrido el término sin lograr el embarazo, para realizar una nueva inseminación se deberá tramitar otro acuerdo ante el juez de lo familiar e iniciar un nuevo procedimiento.

Dentro del capítulo de sanciones destacan los artículos:

420. Viana, Marco. "Da Inseminacao Artificial", Revista Da Faculdade de Direito, Belo Horizonte, Brazil, ano XXVII, No. 21, maro de -- 1979, pp. 254 y 255.

20, 21 y 22, cuyos textos transcribimos:

"Artículo 20.- Donar o vender espermatozoides para inseminación artificial heteróloga.

Pena. Prisión de uno a dos años".

"Artículo 21.- Realizar o permitir una inseminación artificial heteróloga.

Pena. Prisión de dos a cinco años".

"Artículo 22.- Someter o someterse a una inseminación artificial heteróloga.

Pena. Prisión de uno a tres años".

Ante un conflicto, de cualquier naturaleza, la solución acertada no se encuentra negando el hecho que lo genera. Por el contrario es necesario reconocer y aceptar la problemática y sobre todo canalizarla, y ofrecer una salida y no reprimirla.

En este caso, el prohibir y castigar la práctica la inseminación por donante no es la decisión idónea. Es necesario si su limitación, principalmente modificar normas e instituciones jurídicas que pretenden regular estas técnicas -- que son ya una realidad en muchos países latinoamericanos. -- Y centrar nuestros estudios en los intereses y seguridad jurídica de los niños así concebidos.

V. ESPARA

La legislación española, se encuentra a la vanguardia - en cuanto hace a la regulación jurídica de las técnicas de - concepción artificial. Ello se debe, al hecho, de ser el - primer país en todo el mundo que ha puesto en vigencia una - ley lo suficientemente amplia para fiscalizar estas técnicas.

A) La "LEY SOBRE TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA",⁴²¹ se aprobó en definitiva por el Congreso de los Diputados el 20 de octubre de 1988, y fue publicada en el Boletín Oficial de las Cortes el 31 de octubre de 1988.

Se conforma de 21 artículos, cada uno, dividido en diferentes apartados. Integrando un total de siete capítulos.

Dentro de sus aciertos más sobresalientes mencionamos - los siguientes:

1. Condicionar la aplicación de estas técnicas a solucionar afecciones morbosas, específicamente esterilidad y en enfermedades hereditarias (artículo 1°).

2. Para la mujer unida en matrimonio, que desee hacer uso de éstas. Se requiere en forma obligatoria recabar el - consentimiento informado del marido por escrito antes de la ejecución de la técnica (artículo 6.3).

3. Limita el número de hijos procreados con semen de - un mismo donador a seis (artículo 6.7).

4. Mención especial merece el artículo 7.1, por suprimir las inscripciones legales que califican las característi

421. "Ley sobre técnicas de reproducción asistida", Mier y Terán, Siena, S., Régimen jurídico de las llamadas técnicas de reproducción asistida, Ob. cit.

cas de la concepción, gestación y nacimiento de los bebés ha
bidos por estas técnicas.

5. La situación jurídica de los hijos está prevista y regulada en la ley. Tienen la calidad de hijos legítimos nacidos de matrimonio cuando ambos cónyuges hayan formulado su consentimiento. El contenido del artículo 8.1 es el siguiente:

"Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de la fecundación".

6. La maternidad subrogada o de alquiler, se encuentra prevista en el artículo 10 con los términos siguientes:

"Artículo 10^a.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales".

Nos limitamos a señalar que el legislador español ha seguido la corriente doctrinaria que niega cualquier validez a este contrato. Determinar la maternidad por el parto es la solución inmejorable.

7. En materia de investigación y experimentación sobre sale el artículo 14.4, que autoriza sólo los tests de hamster para valorar la capacidad de fertilización de los espermatozoides humanos. Fuera de éstas se prohíben otras fecun-

daciones entre gametos humanos y animales. Hecha excepción de las autorizadas por las autoridades públicas.

Comentario:

Mencionamos esta disposición por establecer un principio a seguir dentro de la experimentación. Las excepciones son necesarias, pero siempre supervisadas, este artículo, -- así lo señala.

8. Dentro del Capítulo de Sanciones, divide las infracciones en graves y muy graves. En las últimas encuadra conductas y prácticas como las siguientes:

- e) Comerciar con preembriones o con sus células, así como su implantación o experimentación.
- g) Utilizar preembriones con fines cosméticos o semejantes.
- k) Crear seres humanos idénticos, por clonación u otro procedimiento dirigido a la selección de la raza.
- h) La selección del sexo o la manipulación genética -- con fines no terapéuticos, o terapéuticos no autorizados.
- q) El intercambio genético humano, o recombinado con otras especies, para producción de híbridos.
- v) La utilización de la ingeniería genética con fines militares o de otra índole.

Desde nuestra muy particular posición, formulamos las siguientes deficiencias a esta ley:

1. Al regular la participación de donantes, el artículo 5°.5 establece el anonimato de la donación, mantiene los-

datos de identidad del donante en el más estricto secreto. - Reconoce el derecho de los hijos a obtener información general de aquellos. Sólo en forma excepcional, en circunstancias extraordinarias que impliquen un peligro comprobado para la vida del hijo, podrá revelarse la identidad del donante.

No justificamos el hermetismo con el que se maneja el legislador español en este tópic. No es suficiente una información general, en ocasiones, conocer la identidad del donador, suele ser una necesidad más imperiosa. En términos de la norma que se critica, es prácticamente imposible el acceso a la identidad del donador, y esto, como hemos manifestado, es un derecho del hijo.

2. El artículo 6°.1, prescribe:

"Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya presentado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar".

El contenido de esta disposición, nos motiva dos comentarios: El primero, de interpretación; así, de su simple -- lectura inferimos la autorización a cualquier mujer para recurrir el auxilio de estas técnicas, sin más requisitos que: 1) Formular su consentimiento libre, consciente y por escrito; 2) Tener un mínimo de 18 años; 3) Gozar de plena capacidad de obrar. Nos preguntamos: ¿Qué ocurre con la opinión del médico?, ¿Se respeta y cumple el requerimiento previsto en el artículo 1° de la propia Ley?

Segundo, en los términos de este artículo, se autoriza la maternidad de la mujer sola. Tema abordado con antelación, simplemente nos limitamos a señalar que los hijos tienen intereses propios y no se deben utilizar para satisfacer sentimientos egoístas.

3. La inseminación artificial post-mortem se encuentra regulada en el artículo 9o. cuyo texto transcribimos a continuación:

"1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón".

"2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, al marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial".

"3. El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior, ..."

El párrafo primero se limita sólo a las células germinales y deja fuera los embriones. Es de una técnica jurídica deficiente, no se puede negar al hijo el vínculo filial que le corresponde, más aún si se conoce en forma indubitable la identidad del progenitor.

El contenido del párrafo segundo lo podemos calificar de parcial, sólo prevé el interés del padre. En correlación con la disposición precedente, otorga exclusivamente al marido la posibilidad de establecer el parentesco legal con el hijo habido después de su fallecimiento. Facultad que le es negada al hijo.

En otro orden de ideas, no encontramos justificación para permitir la inseminación artificial 'post-mortem'. La perpetuación a través de los hijos, es una idea egoísta y limitada a un interés mal enfocado de los padres que no confie--

ren a los hijos personalidad e intereses propios. Si se desea procrear un bebé, se debe de hacer en vida y no luego de la muerte.

Del párrafo tercero, diremos en forma sucinta que su contenido está fuera de lugar y falta de técnica jurídica -- por ser contrario al artículo primero. Estas técnicas se encuentran destinadas a personas con afecciones de esterilidad y esta disposición permite a cualquier hombre hacer uso de la inseminación post-mortem.

VI. ITALIA

A) Ley del 4 de mayo No. 1841

Llama en forma poderosa nuestra atención la Ley del - -
cuatro de mayo número 1841, en concreto, el contenido del ar-
tículo 22 bis que establece:

"Artículo 22.- (Adopción Prenatal)

Cuando sea acertada la intención de la gestan-
te y del marido o del padre natural de no recono-
cer al hijo después del parto, el Tribunal para me-
nores autoriza la transferencia del embrión, si es
técnicamente posible, en el útero de otra mujer, -
por lo tanto, la elección entre aquéllos que lo ha-
bían pedido junto con el marido; o quizá por proce-
dimientos eventuales para la ayuda de la mujer en-
los últimos meses de gestación y dispone que, inme-
diatamente después del nacimiento, el niño sea fia-
do en preadoplado a una familia elegida por el - -
mismo tribunal.

Después del nacimiento, el servicio social en-
cargado por el Tribunal o por el hospital, o el - -
hospital de obstetricia, debe interpelar la puérpe-
ra o recién parida y el marido eventual no separa-
do o el padre natural si intentan o al menos con-
firmar la decisión de no reconocer al hijo, o des-
conocerlo y de no volverlo a ayudar.

Verificada dicha confirmación por escrito, el
interpelante lo comunica al tribunal, que declara-
operativa al predispuesto confiado preadoptivo, - -
dando curso a los procedimientos normales de adop-
ción". 422

Sin duda alguna, la adopción prenatal contenida en este
artículo, es una institución jurídica novedosa y avanzada - -
que viene a revolucionar el concepto clásico y la regulación
legal de la adopción.

422. "Normas sobre la fecundación artificial humana y sobre el trata-
miento de los gametos y embriones", Mier y Terán, Siena, S., -
Ob. cit.

La adopción prenatal, puede ofrecernos soluciones inmejorables a los problemas filiales que suscitan la práctica de estas técnicas. Se manejó, acertado o no, reflejará la calidad de nuestra propuesta final.

Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que es la propia doctrina italiana la que cuestiona su observancia al afirmar: "En Italia tenemos una de las leyes más modernas en materia de adopción pero prácticamente tal institución jurídica es inaplicable al menos para los recién nacidos".⁴²³

B) Proyectos de Ley

Al recabar información para la elaboración de este capítulo, con gran sorpresa hemos encontrado una copiosa bibliografía que reproduce varios proyectos encaminados a regular algunas variantes de las Técnicas de concepción artificial. Comentamos las siguientes:

1. Los más antiguos, prohíben la inseminación artificial heteróloga (IAD). El primero, de fecha 25 de noviembre de 1958 consta de un solo artículo, sanciona con prisión: a la mujer que permitió sobre sí la inseminación artificial, - el marido que consintió la práctica, al donador de semen, y al inseminador.⁴²⁴

2. De fecha 8 de abril de 1959 se integra de cinco artículos. Prohíbe la inseminación artificial por donante, -- sanciona con pena corporal a la mujer casada y al marido que consintieron la heteroinseminación o inseminación homóloga -- igual disposición establece para la mujer soltera que ejecu-

423. "Normas sobre la inseminación artificial y la fecundación in vitro", p. 3., Mier y Terán Siena, S., Op. Cit.

424. Sanguino Madariaga, A., "La inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Ob. cit., p. 200.

tó sobre sí la inseminación y al inseminador. Se faculta al marido para desconocer al hijo concebido durante el matrimonio por alguna de estas técnicas.

3. Títulado Normas sobre procedimientos no naturales de fecundación con semen del marido.

Por lo limitado del tema, Inseminación Artificial homóloga, resulta ser un proyecto parco. En los artículos 1 y 2, plasma el derecho a la vida, a la salud y a la familia estable del concebido. El derecho a la vida se traduce en una prohibición absoluta a la manipulación o experimentación sobre el embrión. Por familia estable, inferimos la hipótesis de los padres biológicos unidos en matrimonio, motivos por el cual reprueba la maternidad o paternidad individual.⁴²⁵

El artículo 3, permite el acceso a estas técnicas, en forma exclusiva por motivos de infertilidad insuperable por otros procedimientos, y para evitar perjuicios para la salud de los padres o del que está por nacer.⁴²⁶

4. "Normas sobre la fecundación artificial y sobre el tratamiento de los gametos y embriones".⁴²⁷

Se trata de un proyecto de ley abundante y muy completo. En sus disposiciones, los artículos iniciales (1o. y 2o.) abordan idénticos derechos con la misma orientación que el proyecto precedente. Dentro del artículo tercero, establece que en forma excepcional y de último recurso puede utilizarse gametos de un tercero sea inseminación artificial heterólogo, fecundación 'in vitro' o transferencia de embriones.

El estatus jurídico del niño, lo regula de la siguiente forma:

425. Loi, Maria, "La fecundación artificial en dos recientes proyectos de ley", Revista internacional de derecho contemporáneo, Bruselas Bélgica, 1987, núm. 1, p. 11.

426. Ibid., p. 12.

427. "Normas sobre la fecundación artificial y sobre el tratamiento de los gametos y embriones", Hier y Terán Siena, Op. Cit.

— La madre legal del bebé es la que lo ha parido, aun-
cuando sea concebido o implantado por procedimientos no natu-
rales (artículo 36).

— La maternidad es legítima si el marido ha consentido
la práctica de heteroinseminación en su esposa.

— El consentimiento formulado por el padre, a la ejecu-
ción de la inseminación artificial, es irrevocable y excluye
el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paterni-
dad. Misma que puede hacer valer si faltó el consentimiento
o es viciado o ha tenido vencimiento. Se niega cualquier --
vínculo legal con el donador de las células germinales. (Ar-
tículo 37).

— Se preserva el derecho del hijo producto de heteroin-
seminación adquirido con la mayoría de edad, de saber si lo
solicita, que nació a través de dicho procedimiento (artícu-
lo 29).

Los pasos a seguir para recurrir a los procedimientos -
no naturales de fecundación, se deberán tramitar ante el Tri-
bunal para menores, competente para conocer de la adopción y
custodia de menores. (Artículos 15 y 25).

Si los cónyuges solicitantes tienen ya hijos adoptivos,
legítimos o naturales, aunque sean sólo descendientes de uno
de ellos, no podrán recurrir a los servicios de los procedi-
mientos no naturales de fecundación hereóloga (artículo 25).

Los jueces del tribunal, una vez comprobada la ausen-
cia de condiciones normales para aplicar la institución de -
la adopción, se ven obligados a consentir la práctica de he-
teroinseminación de los cónyuges (artículo 26).

En diferentes disposiciones, establece vedas significa-
tivas entre ellas mencionamos:

La inseminación artificial post-mortem. Al no permitir la utilización de gametos de los cónyuges o de embriones después de la muerte de uno de ellos (artículo 10).

Cualquier tipo de publicidad a los procedimientos artificiales y donación de gametos (artículo 13).

Cualquier tipo de comercialización con gametos, embriones o niños (artículo 31).

Cualquier tipo de acuerdo por el cual una mujer se obliga a proveer su cuerpo para llevar consigo un embarazo hasta el parto y ceder el niño a otra pareja -maternidad subrogada- (artículo 34).

5. "Normas sobre la inseminación artificial y la fecundación in vitro", propuesta de ley presentada el 28 de febrero de 1985.⁴²⁸

Se trata de un proyecto suscinto de 17 artículos parcos, de ellos, los más destacados por su contenido son:

El artículo 1, al establecer que estas técnicas se podrán efectuar sólo en centros autorizados y por médicos. Las mujeres a que se les practican no pueden ser menores de 18 años.

El artículo 3, permite el uso de estas técnicas (inseminación artificial y fecundación 'in vitro'), a las mujeres solteras. Señala como requisito, el consentimiento formulado en la solicitud. Tratándose de mujer unida en matrimonio, sólo se efectuarán con la autorización de su cónyuge.

428. Battisuzzi, Facchetti, D'Aquino, De Luca, Serrentino, Bozzi, - "Normas sobre la inseminación artificial y la fecundación in vitro", Propuesta de Ley, Cámara de Diputados No. 2603, 28 de febrero de 1985. en Hier y Terán Siena, Ob. Cit.

El artículo 5, estatuye que el semen de un donador sólo se utilizará para fecundar a UNA mujer.

El artículo 8, prohíbe la maternidad subrogada.

Los artículos 13 y 14 sancionan con multa el almacenamiento o transporte de semen o gametos femeninos fuera de los centros autorizados. Así como divulgar información que pueda identificar al donador anónimo a la mujer o la pareja.

Dentro de las deficiencias encontradas a esta propuesta señalamos:

1. El no especificar bajo que condiciones se podrá recurrir a su utilización.

2. El no abordar la situación jurídica del hijo.

3. Es omisa en cuanto a la inseminación artificial - post-mortem.

4. En nuestra opinión, y con apoyo en los argumentos vertidos con anterioridad, no es saludable fomentar con estas técnicas la maternidad o paternidad individual.

VII. FRANCIA

A) Código Civil

García Mendieta y Alario Sanguino, dentro de sus ensayos, citan el contenido de los artículos 311-9, 312 y 313 -- del Código Civil francés. Así, el artículo 311-9 establece:

"Las acciones que emanan de la filiación no pueden ser objeto de renuncia". 429

El artículo 312, prescribe:

"El niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido". 430

"El marido podrá desconocer al hijo en justicia, si justifica mediante hechos apropiados que él no puede ser el padre". 431

Del artículo 313 afirman:

"Reconoce a la mujer casada el derecho de inscribir al niño en el Registro Civil, ya sea con el nombre de su marido o con el suyo de soltera, de modo que la mujer casada dispone por su sola voluntad, de la paternidad de su esposo". 432

Los alcances del precepto 311-9 son trascendentales para establecer los vínculos filiales del hijo. Con fundamento en este artículo, El Tribunal de Gran Instancia de Niza emitió el fallo del 30 de junio de 1976 declarando admisible la acción de desconocimiento de paternidad del marido que había autorizado a su esposa para practicarse la heteroinseminación. Ante este hecho, nos preguntamos: ¿Dónde está la seguridad jurídica del bebé así concebido?

429. García Mendieta, Carmen. Op. cit., p. 310.

430. Loc. cit.

431. Sanguino Madarilaga, A., "La fecundación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Ob. Cit., p. 203.

432. García Mendieta, Carmen. Op. cit., p. 304.

El artículo 312, en su primera parte plasma la presunción *pater is est quem nuptiae demonstrant*. El hijo nacido bajo el amparo de esta institución tiene por padre al esposo de su madre.

En la segunda parte, consagra un sistema abierto de desconocimiento de paternidad. Calificado por la doctrina como una 'solución razonable y práctica'. Sistema, previsto de igual forma en las legislaciones de Alemania, Holanda, Suiza, Costa Rica y Bolivia. Nuestra posición la hemos manifestado con anterioridad; recomendamos su inclusión en nuestro sistema jurídico.

El contenido del artículo 313, pone de manifiesto el papel relevante que el legislador francés otorga a la voluntad, en este caso extrema. La madre no tiene ningún derecho para disponer de la paternidad del hijo, en este supuesto, el marido podrá un juicio para acreditar y establecer el vínculo filial con el supuesto hijo.

B) "Proposición de Ley Relativa a la Inseminación Artificial de Seres Humanos", de fecha 17 de julio de 1981⁴³³

Este proyecto, consta de una serie de artículos que añaden disposiciones a diferentes normas de los Códigos: de Sanidad, Civil y Penal (C.S.P.).

Así, el artículo 7 complementa el artículo L.677 del Código de Sanidad, establece que la heteroinseminación se -- practicará en la mujer por necesidades médicas; sea: infertilidad de los cónyuges, esterilidad masculina o enfermedades hereditarias.

433. Proposición de Ley relativa a la inseminación artificial de seres humanos, No. 147., Senado francés, Asamblea Nacional de 17 de julio de 1981, en Hier y Terón Siena. Ob. Cit.

El artículo 8 añade al L.677 del Código de Sanidad que la inseminación artificial al solicitarla la mujer, debe hacerlo por escrito. El marido manifestará su acuerdo de - - igual forma. Al morir el esposo, caduca el acuerdo en el -- cual consiente la heteroinseminación de su esposa. Posición acertada; supera los problemas generados con la inseminación artificial post-mortem.

El artículo 11. Contiene tres disposiciones, de ellas, destaca la adición al artículo 312 del Código Civil ya transcrito que establece:

"La acción de desaprobación no será sin embargo recibida (recibible) cuando el marido invoque a una inseminación artificial a la cual ha consentido", o ha dado su consentimiento.

El artículo 12. Completa lo dispuesto en el artículo - 341 del Código Civil al señalar que:

"En caso de inseminación artificial por un hombre desconocido de la madre, no se puede establecer ninguna filiación entre este hombre y el niño".

La metodología seguida en este proyecto, actualizando - los artículos de las diferentes materias implicadas, nos conduce a una reforma integral sin contradicciones. En cuanto a su contenido, es un proyecto insuficiente, regula en forma exclusiva la inseminación artificial y otras actividades implicadas con la utilización de semen humano. No contempla - el uso de células germinales femeninas, menos la fecundación - 'in vitro' o la transferencia de embriones.

VIII. ALEMANIA

El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, en sentencia del 25 de febrero de 1975 estableció:

"Según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación". 434

Esta afirmación, nos parece descabellada y debatimos su validez. La vida es todo un devenir dinámico y constante, existe aún en las células aisladas. El postulado: 'La existencia de un nuevo ser se inicia con la fecundación', es cuestionado y no aceptado en forma unánime por la doctrina. Sin embargo, determinar si el embrión no implantado goza de personalidad jurídica, es un tema con mayor número de detractores.

Que una autoridad legislativa establezca el inicio de la vida humana a partir del día 14 siguiente a la fecundación, es una posición arriesgada, sin razón, fuera de discusión legal.

El derecho, no debe avocarse en primera instancia en decidir cuando se inicia la vida humana, esto es materia de la biología. Es de mayor trascendencia, señalar bajo que condiciones el concebido y no nacido gozará de personalidad jurídica. En su defecto, es preferible y de mejor técnica resolver que para efectos jurídicos se establece el inicio de la vida de un nuevo ser a partir de tales momentos, pero jamás afirmarlo con esa seguridad.

El Tribunal Constitucional Español, días menos, se pro-

434. Exposición de motivos, Ley española sobre técnicas de reproducción asistida, p. 5., Mier y Terán Siena, Ob. cit.

clama en forma similar al alemán. En sentencia de 11 de - -
abril de 1985, señala que la vida humana es un devenir un --
proceso que se inicia con la gestación, es decir, luego de -
la nidación del embrión en el útero, (6to. día siguiente a -
la fecundación).⁴³⁵

435. Exposición de motivos, Ley española sobre técnicas de reproduc- -
ción asistida, p. 5., Mier y Terán Siena, S., Ob. Cit.

IX. SUECIA

A) Ley de Inseminación artificial humana 436

La legislación sueca, tiene el privilegio de haber sido la primera en todo el mundo en emitir y aprobar una ley encaminada a regular la inseminación artificial.

Con fecha 22 de diciembre de 1985 fue publicada en el Boletín Oficial del Estado Sueco "La ley de inseminación artificial humana". Para formular una interpretación y análisis integral de la citada ley, debemos de conocer el contenido del 'Dictamen previo' a la redacción de la misma.

Así, la Ley de Inseminación artificial humana es escueta, limitada a 7 artículos, en cambio, el dictamen es amplio, abundante y profundiza en diferentes tópicos vinculados a la Inseminación artificial. Los temas más significativos de la ley son:

"Artículo 2. La inseminación debe llevarse a cabo únicamente si la mujer está casada o convive con un hombre en una relación análoga al matrimonio. Para la inseminación se requiere el consentimiento escrito del marido o del hombre con quien la mujer conviva".

Interpretamos en un primer momento que el acceso a esta técnica para la mujer sola está vedado, comentario que se confirma en el dictamen previo, en donde el comité considera la importancia un padre y una madre para el desarrollo del niño. El dictamen, de igual forma, establece que la heteroinseminación (IAD) es un método que ayuda en determinados casos a familias que no pueden tener hijos a causa de la infertilidad del hombre. Es concordancia con este principio "el-

436. "La ley de inseminación artificial humana", Mier y Terán, S., -- Ob. Cit.

comité propone que la IAD no se permita para mujeres solteras (solas) o mujeres lesbianas".⁴³⁷

Desde nuestro particular enfoque comulgamos con estas disposiciones. Reconocemos que si bien es cierto el desarrollo estable del niño no se garantiza conviviendo con un padre y una madre. Ciertamente, de igual forma, que la ausencia de uno de los progenitores puede afectar en forma significativa el desenvolvimiento armonioso de los hijos. Ante esta ambigüedad, la solución menos mala es prohibir el empleo de estos procedimientos a mujeres solas.

En lo referente al consentimiento, el marido o compañero deberá formular su declaración consintiendo la aplicación de la heteroinseminación a su esposa o compañera, en forma escrita y con testigos. Asimismo la mujer deberá aprobar -- por escrito el consentimiento formulado por el hombre, esto implica que está enterada y acepta que el esposo o compañero se convierta en el padre legal del niño.⁴³⁸

"Artículo 3.- ... El médico verificará, tomando consideración en las condiciones médicas, psicológicas y sociales del marido o del hombre con quien la mujer convive, si es o no oportuno que la inseminación tenga lugar (IAD). La inseminación deberá realizarse sólo si existen garantías de que el niño que nazca crecerá en óptimas condiciones para su desarrollo. ..."

Si bien, la Ley no estatuye en forma expresa cuando es permitido recurrir a la heteroinseminación. En este precepto y con ayuda del Dictamen, encontramos la solución al remitirnos a las normas médicas existentes, sin necesidad de formalizarlas por la legislación. En consecuencia, se deja a criterio del médico, juzgar cual es el tratamiento acertado-

437. Dictamen previo a la redacción de la Ley de inseminación artificial humana, p. 8 Hier y Terán Siena, Ob. Cit.

438. Ibid. p. 13.

para cada caso en particular. "De este modo, la IAD deberá ser analizada como un tratamiento médico con la finalidad de remediar la falta de hijos involuntaria".⁴³⁹ Técnica recomendada principalmente en los supuestos de infertilidad del marido o compañero de la mujer, en las hipótesis de espermabaja en fertilidad, o por factores inmunológicos que impidan la procreación, o porque el hombre sufra una tara hereditaria.

"Artículo 4. El niño que haya sido engendrado por el proceso de Inseminación expuesto en el artículo 3 de esta ley, una vez alcanzada la suficiente madurez tendrá derecho a acceder a los informes registrados en el libro de archivo a tal efecto en el centro médico correspondiente. En caso de requerirse, la junta del Consejo Superior de la Seguridad Social estará obligada a ofrecer la ayuda necesaria para obtenerlos".

Consideramos una decisión inmejorable al salvaguardar el derecho del hijo procreado no sólo por este procedimiento, sino por cualquier técnica a acceder a los informes que rodean su concepción, gestación y nacimiento. Son los padres quienes tienen la responsabilidad de educar al hijo. Son ellos los que deberán de decidir en un primer momento sobre la conveniencia o no de informar al hijo las particularidades que rodean su generación. Pero es el hijo, el único facultado para resolver sobre el ejercicio de esta acción.

Filiación. En forma aparente, el estatus filius de los hijos fruto de una inseminación por donante no se encuentra regulado dentro de esta ley. El artículo 5o. prevee el supuesto de un proceso de paternidad del niño, encuentra su razón de ser en el dictamen al establecer:

439. Dictamen previo a la redacción de la Ley de Inseminación Artificial Humana, p. 14., Mier y Terán Siena, S., Ob. Cit.

"El hombre que ha consentido a su mujer o compañera el realizar el tratamiento IAD debe ser consecuentemente considerado, irrevocablemente, como el padre legal del niño concebido por Inseminación. Si durante el período de tratamiento IAD, la mujer ha tenido relaciones sexuales con otro hombre, su marido o compañero -como cualquier otro hombre bajo la Ley sueca- tendría derecho a llevar antes el problema de la paternidad ante los Tribunales".⁴⁴⁰

El niño concebido por IAD será consecuentemente considerado desde un punto de vista legal como hijo común de la mujer y su marido o compañero. - El padre natural (el donante de esperma) está, por eso, privado de todos los derechos y excluido de todas las obligaciones en relación con el niño. El niño, así, disfrutará del derecho a heredar al marido o compañero de la mujer, pero no a su padre natural".⁴⁴¹

En consecuencia, es clara la situación jurídica del hijo, el hombre que ha consentido la práctica de IAD en su esposa o compañera, se considera de manera irrevocable padre legal del niño.

La Inseminación artificial post-mortem. Es una variante no reglamentada en la ley que se analiza. No se debe a una falta de previsión del legislador sueco, todo lo contrario, esta técnica fue de su conocimiento, simplemente no encontró argumentos de peso para permitir su práctica. Llama nuestra atención la recomendación en el sentido de permitir la ejecución de una Inseminación artificial homóloga o heteróloga siempre y cuando el marido, compañero o donante esté vivo al momento de la Inseminación. En seguida, transcribimos estas importantes disposiciones:

"El Comité no puede encontrar alguna razón de peso justificando el permiso para usar esperma de un hombre difunto, que se encuentre en condición - congelada, con la finalidad de IAM (Inseminación -

440. Dictamen previo a la redacción de la Ley de Inseminación Artificial Humana, p. 7., Mier y Terán Siena, S., Ob. Cit.,

441. Loc. cit.

Artificial por Marido). El comité basa la posición adoptada en la necesidad del niño de tener acceso a ambos, padre y madre". 442.

"El Comité por lo tanto, recomienda que un prerrequisito para que la IAH sea llevada a cabo es que el marido o el compañero esté viviendo en el momento de la Inseminación". 443

"Primeramente por razones éticas, la IAD tampoco debería ser permitida si se encuentra que el donante de esperma ha muerto. ..." 444

Resumiendo. Salvo mejor opinión, estamos ante una ley limitada, al igual que otros proyectos regula sólo la Inseminación artificial en sus dos modalidades.

En muchos tópicos sus disposiciones son insuficientes, para una interpretación acertada debemos recurrir al Dictamen. Considerando ambos documentos, su articulado es congruente, sin contradicciones, con una orientación bien demarcada. Bajo este enfoque es superior con mucho a la Ley española de Reproducción asistida.

442. Dictamen previo a la redacción de la Ley de Inseminación Artificial Humana, p. 23. Mier y Terán Siena, S., Ob. Cit.

443. Loc. cit.

444. Loc. cit.

X. REINO UNIDO

A) Informe Warnock⁴⁴⁵

En la Ciudad de Londres, en junio de 1984, se publicó - por decreto real el INFORME WARNOCK elaborado por la Comisión Investigadora sobre la Fertilización humana y la Embriología. En términos generales se trata de un estudio integrado por 64 recomendaciones y una serie de desentimientos en torno a la subrogación y empleo de embriones humanos en la investigación.

Los puntos más sobresalientes, a nuestro parecer son:

La recomendación de no mantener vivo ningún embrión derivado de una fecundación in vitro si no se traspa a una mujer pasados los 14 días de la fecundación. Tampoco se podrán utilizar como objetos de investigación después de ese término. (2)

La recomendación de elaborar estudios de seguimiento y un registro central de los niños nacidos por las nuevas técnicas (20).

La recomendación número 20, es de una importancia particular, la cual calificamos de inmejorable al establecer:

"Al llegar a la edad de dieciocho años, el niño debería tener acceso a la información básica -- acerca del origen étnico y la salud genética del donante y, asimismo, debería promulgarse la legislación correspondiente que garantizara el derecho de acceso a esa información".

Recomienda como medida de buena práctica recabar el consentimiento por escrito de ambas partes antes de iniciar el-

445. "Informe Warnock", Mier y Terán Siena, Ob. Cit.

tatamiento más especializado contra la esterilidad (21).

Establece un máximo de diez niños concebidos por un donante (21).

Al elaborar el tema de filiación, recomienda:

Que la ley trate al hijo producto de la heteroinseminación como hijo legítimo cuando madre y esposo hayan dado su consentimiento al tratamiento (51).

Modificar la legislación con el fin de que el donante de semen no tenga ningún derecho o deber con el niño (52).

Debería de presumirse el consentimiento del marido a la ejecución de la heteroinseminación salvo que se pruebe lo contrario (52).

La legislación debería establecer que ante el nacimiento de un niño con la participación de un óvulo donado, se de terminará la maternidad por medio del parto (55).

Al tratar el tópico de maternidad subrogada, recomienda:

Aprobar legislación que tipifique como delito la creación de agencias encaminadas a reclutar mujeres para servir de madres subrogadas (57).

Los convenios de maternidad subrogada deberán ser considerados contratos ilegales, en consecuencia, inejecutables ante los tribunales (59).

No obstante lo anterior, dentro del capítulo de disentimientos establece: "No sería apropiado que se tomaran medidas tendentes a que todos los convenios por subrogación constituyan contratos ilegales". Los tribunales deben tener facultades para considerar cada caso en lo particular.

Sobre la concepción y gestación post-mortem, recomienda:

Introducir legislación por la cual cualquier niño fruto de inseminación artificial o de fecundación 'in vitro', que no hubiera estado 'in útero' en la fecha de la muerte de su padre, no será tomado en consideración a efectos de la cesión y la herencia del marido (61 a 64).

Las recomendaciones de este informe han servido y servirán de directriz para investigadores y legisladores de otras naciones. En especial, la Ley española de Reproducción Asistida retoma algunas ideas de este documento. Concretamente, la recomendación No. 12 se reproduce en el artículo 15 de la Ley española. Las recomendaciones 61 a la 64 del Informe se repiten en el artículo 9 de la citada ley con una orientación similar. La posición inglesa se limita a negar derechos económicos; La ley española niega en un primer momento toda relación jurídica entre el padre y el hijo, sea filial o de contenido económico.

XI. E.U.A.

Durante el desarrollo de nuestro trabajo, en diferentes líneas, los ejemplos estadounidenses han sido un punto de referencia constante. En los tribunales de esta nación se han presentado el mayor número de casos demandando solución a los conflictos suscitados con la ejecución de estas técnicas. La diversidad de criterios en las resoluciones, es uno de los primeros problemas que afronta la legislación de esta nación. Resumimos los siguientes puntos:

A) Inseminación artificial

La jurisprudencia de algunos Estados de la Unión ha sido cambiante en cuanto a heteroinseminación (IAD). En un inicio, se consideró contraria al orden público y a las buenas costumbres aunque medlara el consentimiento del marido⁴⁴⁶

En la actualidad en diferentes legislaciones estatales, se acepta la IAD de la esposa previo consentimiento del marido, "16 estados exigen que el consentimiento sea otorgado por escrito y 9 de ellos requieren que el mismo quede archivado con carácter de confidencial".⁴⁴⁷ En esta línea se conduce el Código Civil del Estado de California de 1979 al señalar:

"Los nacidos por inseminación artificial serán considerados como hijos legítimos si el marido ha manifestado su consentimiento por escrito quedando así excluido todo 'dador' que pudiera considerarse con derecho a ser reconocido como padre 'natural' del menor. 488

446. Sanguino Hadarlaga, A., "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad". Ob. cit., p. 447.
 García Mendieta, Carmen. Ob. cit., p. 309.
 448. Bonnet, E.F.P., Ob. Cit., p. 542.

No obstante la tendencia hermética, se han fallado casos permitiendo el acceso a la información, v. gr.: *Chattman v. Bennet*. Un niño adoptivo pidió acceso al expediente de adopción, solicitando información médica sobre sus padres biológicos. El tribunal resolvió se proporcionara la información solicitada sin revelar la identidad del padre biológico.⁴⁴⁹

En lo concerniente a los juicios de paternidad, las pruebas de sangre son un recurso aceptado en diferentes jurisdicciones locales; de esta forma, en 1983 se agruparon las legislaciones estatales en cuatro apartados según la aceptación de esta probanza:

- I. Estados con estatutos de inclusión de esta prueba: treinta.
- II. Estados sin estatutos de inclusión pero le permiten de acuerdo con el requerimiento: seis.
- III. Estados que la excluyen, no la permiten: tres.
- IV. Estados que no han formulado jurisprudencia: diez.⁴⁵⁰

B) Maternidad subrogada

"Hasta enero de 1985, en los Estados Unidos de América, ninguna jurisdicción había aprobado legislación prohibiendo este tipo de contratos".⁴⁵¹ Las controversias generadas con estos contratos sometidas a la decisión de los tribunales, se han resuelto tomando en consideración que en la mayoría -

449. Silva Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Ob. Cit., p. 207.

450. Verruno, Luis; HAAS, Emilio. Ob. cit., pp. 106 y 107.

451. Silva Ruiz, Pedro, "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Ob. Cit., p. 210.

de los estados de la Unión Norteamericana sancionan penalmente la entrega de dinero u otros bienes materiales por la adopción de menores de edad. Sin pronunciarse en forma expresa sobre su validez.⁴⁵² En el caso "Baby M", el Juez de segunda instancia siguió estos lineamientos al considerar nulo e inexigible el contrato en cuestión por ser contrario a la Ley y al interés público del Estado. Sin embargo, al permitir la maternidad subrogada siempre y cuando la madre no esté obligada a renunciar a su hijo, y al limitarse a la doble maternidad, la resolución se vuelve ambigua y confusa. Por lo que creemos que el conflicto jurídico sigue vigente.

C) Mujer sola

"A la luz de los fallos del Tribunal Superior resolviendo que la decisión de procrear es un derecho fundamental comprendido en el derecho a la intimidad, se ha escrito que es de dudosa constitucionalidad legislación prohibiendo la AD-por mujeres solas".⁴⁵³

Dadas las particularidades del sistema jurídico norteamericano no es válido establecer reglas o conclusiones generales. La legislación y resoluciones de tribunales son cambiantes de un Estado a otro. No obstante podemos señalar, las siguientes tendencias:

El estatus jurídico del hijo habido con la inclusión de donantes sigue la línea de otorgar la calidad de legítimo siempre y cuando el esposo haya consentido la práctica.

La admisión de las pruebas de sangre en los conflictos de filiación, nos motiva pensar en un sistema abierto de des

452. Silva Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler". Ob. cit., p. 142.

453. Silva Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro". Ob. cit., p. 208.

conocimiento de paternidad. Creemos que la heteroinseminación sin consentimiento del esposo faculta el ejercicio de esta acción.

No obstante la resolución del juez en primera instancia Harvey Sarkow, el sentimiento común es determinar la inexistencia judicial en el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada y considerarlos como ilegales.

Por lo que hace a la maternidad de mujer sola, retomamos lo manifestado con antelación: Es necesario jerarquizar intereses; No existe un derecho absoluto a la procreación; - El hijo, en estos casos particulares, debe de conceptualizarse en las mejores condiciones de desarrollo posible. Cuyos beneficios deben prevalecer con mucho a los de la mujer. Razón por la cual rechazamos esta práctica.

XII. PARLAMENTO EUROPEO

El Parlamento de Europa, en resolución No. 4,376, del 6 de octubre de 1979, aprobó y proclamó "LA DECLARACION Y LOS DERECHOS DEL NIÑO NO NACIDO"⁴⁵⁴ Se integra de cinco escuetos principios, de ellos, son discutibles el número uno, párrafo primero; así como el segundo principio, párrafo primero. Cuyos textos transcribimos a continuación:

PRINCIPIO PRIMERO

"El niño que va a nacer, debe gozar DESDE EL MOMENTO DE SU CONCEPCION, de todos los derechos enunciados en la presente declaración. Todos estos derechos deben ser reconocidos a todo niño que va a nacer, SIN NINGUNA EXCEPCION NI DISCRIMINACION basada en la raza, color, sexo, lengua, religión, origen nacional o social, estado de desarrollo, estado de salud o las características mentales y físicas ciertas o hipotéticas y toda otra situación que le concierna, o concierna a su madre o familia".

PRINCIPIO SEGUNDO

"La Ley debe asegurar al niño, antes de su nacimiento, con la misma fuerza que después. EL DERECHO A LA VIDA INHERENTE A TODO SER HUMANO".

Nos limitamos a señalar que el numeral primero marca la etapa o el momento a partir del cual el nuevo ser goza de los derechos enunciados en la declaración y es DESDE EL MOMENTO DE SU CONCEPCION independientemente si se encuentra fuera o dentro del útero materno.

El segundo principio, maneja un concepto falso, el óvulo fecundado 'in vitro', así como el implantado en el útero NO GOZAN NI PUEDEN GOZAR DE UN DERECHO A LA VIDA. La exis--

454. Asamblea del Parlamento de Europa, "Los derechos del niño no nacido", resolución Nóm. 4,376, 6 de octubre de 1979.

tencia, al igual que el nacimiento son estados o momentos im
posibles de garantizar por la ciencia médica. En consecuen-
cia es inoperante la declaración jurídica que los proclame.-
Por otra parte, reconocemos, si la existencia de un derecho,
pero un DERECHO A CONTINUAR SU DESARROLLO BIOLÓGICO bajo un-
mínimo de condiciones normales, más nunca un DERECHO A LA VI
DA o A NACER.

XIII PERSPECTIVAS JURIDICAS DE LA CONCEPCION ARTIFICIAL HUMANA

Después de haber analizado doctrina y legislación, tenemos elementos suficientes para delinear las proyecciones jurídicas de estas revolucionarias técnicas de concepción y reproducción artificial.

Abordaremos los temas más significativos de manera general. Las resumimos en dos apartados: Legislación y Doctrina.

A) Situación jurídica del óvulo fecundado.

La legislación aprobada se agrupa en cuatro corrientes:

1. La avocada a determinar el inicio de la vida humana a partir de un día específico siguiente a la fecundación -60 ó 140.

2. La que señala el inicio del periodo embrionario con la fecundación del óvulo por el esperma.

3. Ordenamientos que reconocen ciertos derechos y protecciones -personalidad- al concebido sin mayores requisitos.

4. Sistemas jurídicos que otorgan personalidad jurídica al concebido hasta en tanto se encuentre en el útero materno.

La doctrina no ha creado conceptos de aplicación general; sin embargo se dan los términos de 'preembrión' o embrión preimplantado. En cuanto al óvulo fecundado y no implantado, algunos estudiosos le conceden todos los derechos de una persona; otros le niegan cualquier derecho; algunos adoptan una posición intermedia. Abordan y cuestionan derechos del embrión no implantado, entre ellos; el derecho a na

cer; el derecho a la vida; el derecho a ser acogido en una familia estable; se analiza de igual forma el derecho al hijo y a la procreación.

B) Condiciones de acceso a las técnicas de concepción artificial.

La escasa regulación hasta ahora aprobada condiciona su acceso a indicaciones médicas.

Doctrinariamente, quienes abordan este punto se manifiestan en términos semejantes a la legislación, permitir su acceso en forma exclusiva para remediar problemas de infertilidad.

C) Gestación de la mujer sola.

La legislación, se muestra con dos corrientes opuestas: Suecia reservando el uso de heteroinseminación a matrimonios o parejas heterosexuales; España permitiendo su acceso a cualquier mujer.

La doctrina sigue ambos lineamientos, con una orientación significativa a prohibir la práctica de estas técnicas a la mujer sola.

D) Consentimiento de las partes.

La legislación y la doctrina, tienen la misma orientación: solicitar por escrito el consentimiento del esposo o compañero de la mujer que desea hacer uso de ellas. De igual forma, requiere el consentimiento de la propia mujer.

E) Situación jurídica de los hijos.

La mayoría de las disposiciones legales hasta ahora en vigencia otorgan el estatus de legítimo al hijo dado a luz por mujer unida en matrimonio, siempre y cuando el marido ha

ya consentido la participación del donador de semen. El bebé está amparado por la presunción 'pater is est quem nuptiae demonstrant'. El Derecho Italiano se desprende de estos lineamientos y de manera novedosa crea la figura de la adopción prenatal.

Los estudiosos del Derecho, se deciden por amparar a los hijos concebidos con la participación de un donador de células germinales con la presunción de legitimidad, siempre y cuando el marido de la madre lo haya consentido.

F) Maternidad Subrogada.

El derecho aprobado se postula prohibiendo su fomento comercial. La sancionan con nulidad y determinan el vínculo filial materno a través del parto.

La mayoría de los juristas, en sus publicaciones, por no decir todos, se orientan con igual postura.

G) Vinculación Jurídica con el donador.

La legislación y la doctrina, se manifiestan con una posición clara: si la intromisión del donador de semen es con el consentimiento del marido o compañero, no se reconoce ningún vínculo filial entre hijo y donador. El caso opuesto, la ausencia de consentimiento, las disposiciones son ambiguas y no definen los lazos filiales.

H) Inseminación artificial 'post-mortem'.

Las corrientes y opiniones se bifurcan sobre este tópico. Así, las leyes hasta el momento publicadas: Suecia y España, adoptan posiciones extremas, la primera vetándola y la segunda facultando su ejercicio.

Por lo que hace a la doctrina, los lineamientos son similares, con una inclinación destacada a prohibir su práctica.

I) Secreto o publicidad sobre las circunstancias de la concepción, gestación y nacimiento de la criatura.

Hasta el momento, la regulación aprobada, se muestra -- disconforme; no obstante se identifican las siguientes tendencias:

1. Las resoluciones estadounidenses caracterizadas por la confidencialidad de los hechos.

2. La Ley sueca, establece como único requisito para permitir su acceso al hijo así concebido, que éste haya alcanzado la madurez suficiente.

3. La Ley española, en casos extremos y excepcionales permite a los hijos acceder a la información.

La posición doctrinaria está bien definida, con dos posiciones opuestas: quienes se muestran a favor de la publicidad y aquellos postulados por un hermetismo excesivo. Sin supremacía de ninguna.

J) Heteroinseminación sin consentimiento del esposo.

Si bien, las primeras resoluciones de las cortes equipararon esta práctica al adulterio, en la actualidad no se califica de conducta criminal.

La doctrina latinoamericana, en forma destacada, encuadra esta hipótesis en una nueva causal de divorcio basada en la injuria grave.

K) Investigación y experimentación científica.

La legislación, se postula fiscalizando la investigación y la experimentación científica en las técnicas de concepción artificial y en los embriones humanos. La doctrina, de igual forma, recomienda aprobar legislación encaminada a regular estas actividades.

Como colorario de este Capítulo, manifestamos que las legislaciones latinoamericanas han regulado con anterioridad a los países europeos sobre la inseminación artificial con la participación de donadores (IAD): Brasil en 1973, Costa Rica en 1975, Colombia en (1983), y México en 1984 - 87, - - (Suecia en 1985 y España en 1989). Sin embargo, las disposiciones latinoamericanas se caracterizan por ser limitadas en contenido y número y por constreñirse, en su mayoría, al ámbito penal. Costa Rica se separa de este lineamiento y aborda la materia civil; México, regula la investigación y crea el término de 'fertilización asistida' con inclusión de la fecundación 'in vitro'.

La doctrina europea, con mucho, es superior a la latinoamericana. Este hecho, creemos, se debe al incipiente desarrollo de las técnicas más sofisticadas en nuestros países; a la falta de conocimiento sobre estos temas por parte de los estudiosos del derecho; y sobre todo al temor para irrumplir en materia civil y familiar modificando figuras jurídicas milenarias.

CAPITULO QUINTO

I. "PROYECTO DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PARTICIPACION DE DONADORES DE CELULAS GERMINALES Y EMBRIONES CON FINES REPRODUCTIVOS".

II. COMENTARIOS A LOS ARTICULOS

III. RECOMENDACIONES

IV. CONCLUSIONES

A) Generales

B) Sobre las perspectivas juridicas de la concepción artificial

I. "PROYECTO DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PARTICIPACION DE DONADORES DE CELULAS GERMINALES Y EMBRIONES CON FINES REPRODUCTIVOS".

Es interesante destacar los dinámicos avances que en -- nuestros días ha alcanzado el saber humano en sus diferentes ramas. En oposición a este dinamismo, el Derecho para lo -- grar su objetivo --seguridad jurídica-- requiere de la permanencia temporal y espacial de sus disposiciones. No obstante, esta inercia al cambio, debe manejarse con cuidado, de -- lo contrario incurriríamos en interpretaciones erróneas.

Al analizar cualquier fenómeno o experiencia jurídica, -- se debe tener presente que la naturaleza del Derecho se integra de tres elementos o factores: Hecho, Valor y Norma. Siendo la dicotomía Hecho Valor, la que determina el surgimiento y contenido de la norma legal.

La inseminación artificial, la fecundación extracorpórea 'in vitro', la transferencia de embriones, la transferencia intratubaria de gametos y la manipulación genética son -- hechos y acontecimientos sociales y científicos actuales, -- que no pudieron preverse por los juristas que elaboraron -- nuestro Código Civil para el Distrito Federal, en vigor desde el primero de octubre de 1932. Si pretendemos regular -- los métodos artificiales de concepción y reproducción humana a la luz de este ordenamiento, nos encontramos ante una realidad desbordante que no encuentra cabida en las disposiciones civiles.

Por ello, al buscar alternativas y ofrecer soluciones, -- es necesario adoptar una mentalidad abierta y tener presente que el conocimiento humano, al igual que el Derecho y sus -- disposiciones están abiertas a nuevas posibilidades de sinte

sis. Por lo tanto, proponemos las adiciones y reformas siguientes:

A) Respecto a disposiciones vigentes del Código Civil para el Distrito Federal:

I. Añadir al artículo 22 del Código Civil, el siguiente párrafo, para quedar redactado como sigue:

"Art. 22.- 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 y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código".⁴⁵⁵

Si el embrión se localiza fuera del útero materno o fue concebido con el auxilio de cualquier método de concepción artificial, tendrá la protección siguiente:

a) La inalterabilidad de su patrimonio genético, salvo el caso en que se requiera superar anomalías congénitas.

b) Continuar las etapas y procesos de desarrollo embrionario y gestacional en condiciones naturales.

c) Lograr que se resuelva en el menor tiempo posible su destino final.

II. Insertar al artículo 148 del Código Civil un párrafo pa

455. Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit., p. 47

ra quedar redactado así:

"Art. 148.- Para contraer matrimonio, el hombre necesita haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce. El Jefe del Departamento del Distrito Federal, o los Delegados, según el caso, -- pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas".⁴⁵⁶

Los futuros consortes deberán presentar ante el Funcionario del Registro Civil, un informe expedido por el Registro Nacional de personas procreadas con el auxilio de los diferentes métodos de concepción y reproducción artificial humana. -- En donde se señale que los interesados no se encuentran en el supuesto del artículo 156 fracción III, de este ordenamiento.

- III. Proponemos insertar al artículo 267 del Código Civil -- una causal de divorcio, redactada como sigue:

"Art. 267.- Son causales de divorcio:"

XIX. El nacimiento del hijo vivo y viable concebido con semen de un tercero sin el consentimiento del marido, por ser esta actitud equiparable a la injuria grave. Se ejercerá dentro de los seis meses siguientes al parto de la madre, o a la fecha en que el cónyuge tuvo conocimiento de los hechos.

El juicio de divorcio basado en esta causal, -- conlleva en forma implícita el desconocimiento --

456. Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit., p. 72.

del hijo en cuestión. La sentencia que conceda o niegue el divorcio, desconoce o confirma el - - vínculo paterno-filial.

- IV. Se propone derogar el contenido de los artículos 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal, para ser sustituido por el artículo 324, redactado en la forma siguiente:

Art. 324.- Los hijos de mujer unida en matrimonio, y los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, sea por nulidad, muerte del marido o divorcio, tendrán por padre al cónyuge de la madre o quien haya sido su esposo. En caso de nulidad o divorcio, el término se contará desde que de hecho que daron separados los cónyuges por declaración judicial.

Contra esta presunción es admisible cualquier prueba tendiente a reafirmar o desvirtuar el vínculo paterno-filial.

- V. Se inserta, luego del artículo 337 un párrafo, para que dar así redactados:

"Art. 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad".⁴⁵⁷

Si se trata de embriones localizados fuera del útero materno, concebidos 'in vivo' o 'in vitro', su vinculación filial se determinará atendiendo:

I. Al origen genético del embrión.

II. A la resolución que aprueba el procedimiento de adopción prenatal, sin importar su procedencia genética.

VI. La parte final del artículo 360, contendrá:

"Art. 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad".⁴⁵⁸

Independientemente de la propiedad o procedencia genética de las células germinales o del embrión, según el caso, la filiación materna del hijo se establecerá por el solo hecho del parto.

El contrato, por el cual una mujer renuncia a los derechos sobre el hijo concebido con estos métodos, en favor de otra persona o personas, después de su nacimiento, es inejecutable ante tribunales, por ser inexistente.

VII. Proponemos insertar, dentro del artículo 382 del Código Civil, una fracción que modifica el orden último en la forma siguiente:

458. Código Civil para el Distrito Federal, Ob. cit., p. 112.

"Art. 382.- La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio está permitida."⁴⁵⁹

IV. Cuando el hijo sea concebido con material genético de quien fue esposo de su madre, y dado a luz luego de 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial por muerte del padre.

La resolución judicial que establezca la relación paterno-filial, confiere al hijo los beneficios del concebido y dado a luz por padres unidos en matrimonio, excepto en materia de sucesiones.

V. "Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el presunto padre".⁴⁶⁰

VIII. Se propone suprimir la segunda parte del artículo 385- del Código Civil para quedar redactado así:

"Art. 385.- Está permitido al hijo nacido fuera de matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los métodos ordinarios."⁴⁶¹

Quitando la parte que dice: "pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada". Con este mecanismo, se deja abierta la puerta para intentar un juicio de investigación de la maternidad para el supuesto de los hijos fruto de un contrato de maternidad subrogada, y en general de todo aquel que desconozca - - quién es su madre biológica. La maternidad legal, se establece por el solo hecho del parto independientemente del estado civil de la mujer.

460. Loc. cit.

461. Loc. cit.

B) Sobre la adopción prenatal.

Antes de avocarnos al desarrollo de este tema, es necesario formular las siguientes observaciones:

Primera.- El capítulo de adopción prenatal es la parte medular en la sistemática de nuestra propuesta de reformas y adiciones al Código Civil. Se trata de una figura jurídica vigente en el Derecho Italiano, prevista en el artículo 22 - bis de la Ley del cuatro de mayo, número 1841. Es importante señalar que estamos en desacuerdo con su contenido, toda vez que encierra posibles contratos de maternidad subrogada y el bienestar del hijo es relegado a un punto secundario. - En nuestra propuesta, de la Ley italiana tomamos sólo el nombre y ofrecemos un articulado distinto, con un enfoque diferente.

Segunda.- El hecho de que las disposiciones que la integran siga una ordenación progresiva a partir del número -- uno, obedece al deseo de superar la falta de técnica jurídica que utiliza subdivisiones para introducir una serie de -- adiciones en un solo artículo, v. gr.: Artículo 2448-A, - - 2448-B, 2448-C, etcétera. Por lo tanto, recomendamos que el capítulo de adopción prenatal se coloque al final y se maneje como un apéndice del Código Civil.

Hechas las aclaraciones, proponemos que la adopción - - prenatal se regule por las siguientes disposiciones:

"De la adopción prenatal"

Capítulo Único

Artículo 1. Adopción prenatal, es la ma
nifestación de voluntad del adoptante de - -
crear el vínculo filial con una persona no na

cida, previa autorización de los progenitores genéticos y del Poder Judicial. Se caracteriza por la incorporación plena e irrevocable del adoptado a la familia del adoptante.

Artículo 2. La autoridad competente para conocer del procedimiento de adopción prenatal es el Juez de lo familiar.

Artículo 3. Tienen derecho a adoptar antes del nacimiento:

I. El cónyuge estéril o imposibilitado para concebir un hijo sano, al hijo del otro cónyuge habido con material genético de un donador antes de su nacimiento, siempre y cuando la gestante sea la esposa.

II. Ambos cónyuges estériles o imposibilitados para concebir un hijo sano, pueden adoptar al hijo habido con material genético de dos donadores antes de su nacimiento, siempre y cuando, la gestante sea la esposa.

III. Los concubinos en condiciones análogas a las descritas en las fracciones anteriores.

Artículo 4. El procedimiento de adopción prenatal será por escrito. El solicitante deberá acompañar a su escrito inicial, los siguientes documentos:

a) El acta de matrimonio de los cónyuges

ges que pretendan adoptar.

b) Un escrito donde ambos cónyuges manifiestan su consentimiento para realizar el procedimiento de adopción prenatal, indicando su vigencia y el número de intentos que autorizan, hasta lograr con éxito el método de concepción artificial elegido.

c) Una constancia médica que justifique la utilización de células germinales de un donador o un embrión, señalando el método de concepción artificial recomendado y el número de intentos a realizar.

d) Identificar el material genético a emplear o el embrión por adoptar, así como la institución o banco de conservación donde se encuentren.

e) Copia certificada del escrito, en el cual, el donador manifiesta su voluntad de proporcionar sus células germinales con fines reproductivos. Expedida por la institución o banco de almacenamiento donde se localicen. En caso de embriones, los padres genéticos o legales deberán comparecer y formular su consentimiento ante la autoridad judicial.

Artículo 5. Para los efectos de este capítulo, la persona o personas que inician el procedimiento, son los responsables directos de integrar y satisfacer la totalidad de los requisitos señalados en la adopción prenatal.

Artículo 6. Cuando la mujer unida en matrimonio se haga inseminar, con semen de un tercero, sin el consentimiento de su cónyuge, y como consecuencia se conciba o nazca una criatura, el esposo tendrá derecho a adoptar al hijo, siempre y cuando la madre lo consienta.

Si el procedimiento se inicia antes del parto, producirá los efectos de la adopción prenatal. Si se inicia luego del nacimiento del hijo, producirá los efectos de una adopción simple.

Artículo 7. En todos los casos, el hijo concebido y dado a luz, que haya sido adoptado antes de su nacimiento, goza de todos los derechos y obligaciones que conlleva la filiación por consanguinidad; extingue en forma inmediata los vínculos jurídicos con el donador o donadores y sus familiares genéticos, excepto en lo relativo a los impedimentos para contraer matrimonio.

Artículo 8. Los efectos jurídicos de la adopción prenatal se producen:

I. Tratándose de células germinales, desde la concepción del nuevo ser.

II. Para el supuesto de embriones, a partir de la aprobación judicial del procedimiento de adopción prenatal o de la implantación en el útero de la adoptante.

Artículo 9. Las acciones para establecer el vínculo filial entre donador e hijo, se sujetarán a las siguientes reglas:

I. Son procedentes cuando el donador facilitó sus células germinales con fines no procreativos, y su ejercicio corresponde al donador y al hijo.

II. Si el donador proporcionó su material genético con fines procreativos y no se cumple con el procedimiento de adopción prenatal. El hijo, exclusivamente podrá demandar el establecimiento de la relación filial con su progenitor.

III. El donador, deberá ejercitar su acción dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de los hechos. El hijo disfrutará del mismo término contado a partir del momento en que adquiere la mayoría de edad, o a la fecha en que adquiere conocimiento de los hechos.

IV. Luego de declarado legalmente el vínculo filial, se podrá demandar al responsable directo de la omisión o alteración de documentos en el procedimiento de adopción prenatal, con respecto al hijo y en todo momento, el pago de alimentos.

Artículo 10. El consentimiento formulado, donde se solicita o manifiesta la aceptación al procedimiento de adopción prenatal, -

puede revocarse en cualquier momento sin responsabilidad alguna, en las hipótesis siguientes:

I. Si se trata de células germinales, y no se ha realizado la fecundación.

II. Tratándose de embriones, no se promulgue la resolución judicial que aprueba el procedimiento, o en caso de no haberse efectuado el traslado del embrión.

Artículo 11. Concedida la autorización judicial para el procedimiento de adopción prenatal, el vínculo filial entre adoptante o adoptantes con el adoptado se establece en forma irrevocable. No es admisible prueba alguna para desvirtuarlo.

Artículo 12. En las actas de nacimiento del Registro Civil, no se insertará ninguna anotación con referencia a la concepción, gestación y nacimiento del hijo o que pueda revelar la identidad de sus progenitores genéticos.

Artículo 13. El hijo concebido y procreado con la participación de un donador o donadores de células germinales o embriones, tendrá los siguientes derechos:

I. El acceso a la información sobre la-

salud de su progenitor o progenitores genéticos en cualquier momento sin revelar su identidad, siempre y cuando se acredite su necesidad a través de una constancia médica.

II. Una vez alcanzada la mayoría de edad podrá demandar, si así lo desea, la información sobre la identidad de su padre y/o madre genética.

III. El Estado, deberá ejercitar las acciones tendientes a salvaguardar y preservar la integridad de los expedientes médicos y legales.

Artículo 14. El donador de células germinales podrá solicitar en cualquier momento, un informe sobre la identidad del hijo concebido con su participación, siempre y cuando haya facilitado su material genético con fines diferentes a la procreación y los padres legales manifiesten su consentimiento.

Artículo 15. El expediente médico, al igual que el del procedimiento de adopción prenatal, deberán permanecer en estricto secreto, bajo custodia de la Secretaría de Salud. Su revelación está permitida sólo en los supuestos previstos en la ley.

II. COMENTARIOS A LOS ARTICULOS

Los artículos que integran esta propuesta son indispensables para una reforma integral y sistemática. No obstante destacan:

A) El otorgar personalidad jurídica al embrión localizado fuera del útero materno o que fue concebido con el auxilio de cualquier método de concepción artificial.

El contenido del artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, al establecer que la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte, encuentra su fundamento en el hecho de que en ese tiempo era imposible disociar el binomio madre-desarrollo embrionario. No obstante, el legislador previó un caso de excepción, al señalar que el concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia, por disfrutar de personalidad, puede adquirir bienes por testamento o intestado (art. 1314 a contrario sensu).

En el año de 1987, con el nacimiento de Louis Joy - Brown, el primer bebé de probeta, se pone de manifiesto la inexistencia de conceptos absolutos e inmutables. A partir de ese momento, es posible lograr un embrión humano en sus etapas incipientes fuera del seno materno y con posterioridad a su implantación en el útero materno, continuar su desarrollo y culminar en el nacimiento.

El período extracorpóreo, el tiempo que el nuevo ser permanece fuera del útero, es lo que impacta a nuestro orden legal y no encuentra cabida en el contenido del Código Civil para el Distrito Federal.

Los civilistas que pretenden regular esta realidad --

con las disposiciones vigentes, recurren a una interpretación errónea. No consideran el desfase existente entre la norma jurídica -artículo 22 del Código Civil- y la nueva realidad -métodos de concepción artificial-. Con este mecanismo, se fuerza la letra de la ley con resultados poco satisfactorios.

A) pretender un sistema legal, en el cual, norma jurídica y realidad social vayan a la par, se debe tener presente que la aplicación del Derecho y sus conceptos -entre ellos el de persona- son cambiantes y están abiertos a nuevas posibilidades de síntesis.

A) determinar la calidad legal con que estos nuevos seres han irrumpido en el ámbito jurídico, es necesario recordar que para el sistema legal mexicano el ser humano sólo puede participar en la vida jurídica como SUJETO de derecho y no como OBJETO. En consecuencia, para proteger a los embriones localizados fuera del útero materno y a los concebidos con el auxilio de cualquier método de concepción artificial, por su calidad y potencialidad humana, deben ser considerados sujetos de derecho y por ende, personas con capacidad legal, sin equiparar esta última a la del recién nacido. El no nato, bajo esta hipótesis disfruta de una capacidad de goce limitada en exceso, costreñida a casos específicos, cuya finalidad es reducir al mínimo la situación de incertidumbre bajo la cual se encuentran.

B) La inclusión de un sistema abierto de desconocimiento de paternidad.

Es un hecho incuestionable, la posibilidad de que la esposa se haga inseminar artificialmente con semen de un donador o recurrir a la transferencia de embriones. Si la técnica realizada resulta exitosa y culmina con el nacimiento -

de un ser humano, el marido que no consintió su práctica, jurídicamente se encuentra imposibilitado para desvirtuar la relación filial con el hijo de su esposa.

Los avances científicos, principalmente en genética humana, ofrecen al legislador nacional novedosos recursos para establecer o descartar una vinculación biológica entre dos o más individuos. Si bien no se obtienen resultados cien por ciento efectivos, las pruebas genéticas y los certificados médicos de esterilidad humana deben ser elementos determinantes para acreditar o negar la filiación legal entre dos personas. Considerando esta posición y los beneficios que a la larga proporciona la transparencia o verdad de los hechos, recomendamos la inclusión en nuestro Código Civil de un sistema abierto de desconocimiento de paternidad, y de esta forma, adecuar la regla de derechos a las posibilidades que ofrece nuestra realidad.

C) La inseminación artificial homóloga 'post-mortem'.

No obstante ser una práctica censurable, debemos separar el bienestar y el derecho del hijo así procreado, para acreditar su filiación a través de un juicio de investigación de la paternidad. Si bien no puede disfrutar del estatus de hijo de matrimonio ya que fue concebido cuando habiéndose dejado de existir el vínculo matrimonial entre sus progenitores, si podrá beneficiarse de sus efectos como lo es el derecho a llevar el nombre de su padre y a recibir alimentos.

No pretendemos fomentar estos procedimientos a todas luces reprobables. No existe ninguna justificación válida para su realización. Por lo mismo, no se reconocen efectos jurídicos en sucesiones. Para ser heredero, sea vía testamentaria o legítima, deberá estar concebido al tiempo de la muerte del autor de la herencia. Con este sistema, creamos-

un mecanismo de control al suprimir los beneficios económicos, ya que el hijo no se convierte en un medio para preservar bienes materiales. El hijo por sí mismo es una finalidad.

Como estamos en contra de las disposiciones del Código Civil, que califica a los hijos, v. gr.: 'legítimo', 'de matrimonio', 'illegítimo', 'adulterino', etc., los habidos con estos métodos, serán simplemente lo que son 'HIJOS'.

D) La inexistencia del contrato de maternidad subrogada:

La maternidad es la figura jurídica que mayores cuestionamientos ha recibido con la ejecución de los métodos de concepción y reproducción artificial humana, de ahí la inclusión de dos párrafos en el artículo 360 del Código Civil.

Al determinar el vínculo filial a través del parto, seguimos los lineamientos del citado artículo.

Al examinar este contrato, sostenemos su inexistencia jurídica y no lo calificamos de nulo. Toda vez que a la luz de nuestro sistema de derecho vigente, la falta de objeto materia del contrato produce su inexistencia legal. En el contrato que regulamos, la concepción, gestación y parto de un ser humano, así como las funciones reproductivas de la mujer, independientemente del factor económico, están fuera del comercio. De ahí su inexistencia jurídica.

E) La adopción prenatal.

La adopción prenatal, podemos valorarla en términos generales como una planeación del hijo, pero no una planeación eugenésica, sino jurídica. Es articular antes de su nacimiento, en forma clara y precisa el marco legal que regule

su vinculación filial, preservando el interés del hijo y la transparencia de los hechos.

La adopción prenatal, de un ser concebido con células germinales de un donador y un cónyuge, o de dos donadores. - Está condicionada a que la gestante (madre fisiológica) sea la propia esposa, evitando así la maternidad subrogada. El procedimiento, requisitos, efectos y revocación, se regulan en el articulado del proyecto antes propuesto.

F) La regulación jurídica sobre la participación de donadores de células germinales y de embriones.

Desde cualquier punto de vista, la colaboración de un donador en la concepción de un nuevo ser humano es una situación insegura.

La legislación nacional e internacional hasta ahora aprobada niega cualquier posible relación filial entre donador e hijo. Considerando esta omisión, elaboramos nuestra propuesta.

Reconocemos: En primer lugar, el derecho del hijo -- concebido con la participación de un donador de células germinales o de embriones, a conocer la identidad de su progenitor o progenitores genéticos.

Segundo: El derecho del hijo concebido con la participación de un donador de células germinales o de embriones a establecer su vinculación filial con su progenitor o progenitores genéticos si no está amparado bajo la figura de la adopción prenatal.

Tercero: El derecho del donador de células germinales o de embriones para establecer su paternidad legal y/o conocer la identidad del hijo habido con su material genético.

co, si facilitó sus células germinales con fines diferentes a la procreación y transgredieron esta disposición.

Nuestra propuesta pretende contemplar estas hipótesis potencialmente conflictivas. El individuo, procreado con la colaboración de un donador, al enterarse de las particularidades que rodean su concepción, tiene los recursos legales suficientes para solucionar sus desacuerdos filiales.

III. RECOMENDACIONES

Al desarrollar los diferentes tópicos que integran este ensayo, se han señalado diversas ramas del saber jurídico vinculadas directamente con los métodos de concepción artificial que han sido soslayadas o no valoradas en toda su dimensión.

Las siguientes recomendaciones tienen por finalidad identificar esos temas e integrar en forma general los elementos a considerar en la elaboración de una regulación jurídica global, encaminada a fiscalizar la práctica de las diferentes variantes de la concepción artificial y sus consecuencias legales.

Por lo tanto, recomendamos que:

1. La regulación de los métodos de concepción artificial humana y sus repercusiones legales se realice por medio de una ley que comprenda las distintas ramas del saber jurídico implicadas.

2. Es necesario aprobar legislación adicionando la Ley General de Salud, en donde se señale:

- a) Que los embriones implantados en el útero materno no pueden ser sujetos de adopción prenatal.
- b) Un límite al número de fecundaciones "in vitro" y -- transferencia de embriones con fines de adopción prenatal.
- c) Un máximo de hijos que se puedan concebir y procrear utilizando células germinales de un mismo donador.

3. Elaborar y promulgar legislación para crear y regular el funcionamiento del Registro Nacional de Donadores de células germinales, transferencia de embriones e hijos conce-

bidos y procreados con la participación de los métodos de concepción artificial:

4. Aprobar legislación para crear y regular el funcionamiento de bancos de conservación y almacenamiento de células germinales y embriones, estableciendo:

- a) Las personas autorizadas para conservar y almacenar células germinales o embriones.
- b) El motivo y finalidad del almacenamiento de células germinales o embriones.
- c) Los pasos a seguir cuando la persona o personas que almacenen las células germinales o embriones mueran o desaparezcan.
- d) El tiempo máximo que podrán permanecer almacenados los embriones.
- e) Que luego de tiempo máximo, si el embrión no ha sido transferido al útero de una mujer, debe ser incinerado, sin importar la finalidad del almacenamiento o los posibles beneficios económicos que recibiría.

5. Preservar los lineamientos del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud, - en los cuales se señala, que las Comisiones de ética, bioseguridad e investigación, son las autoridades encargadas de supervisar, autorizar y suspender las investigaciones científicas.

6. Salvaguardar el mecanismo de establecer principios o bases generales a seguir cuando la investigación científica - se realice en seres humanos. Toda vez que la regulación jurídica en lo particular es absurda e inoperante.

7. Perfeccionar el artículo 466 de la Ley General de Salud, sancionando con pena corporal la realización de cualquier método de concepción artificial sin el consentimiento de la mujer, y no sólo la inseminación artificial heteróloga.

8. Sancionar al técnico y/o institución que realice cualquier método de concepción artificial sin existir un procedimiento de adopción prenatal autorizado.

9. Sancionar a la mujer que haga uso de los métodos de concepción artificial sin existir un procedimiento de adopción prenatal autorizado.

10. Sancionar a la persona o institución responsable de alterar o falsificar los documentos requerido en el procedimiento de adopción prenatal.

11. Sancionar la publicidad, fomento y práctica de convenio de maternidad subrogada o sustituta.

IV. CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis y estudio de los diversos temas vinculados, directa o indirectamente, con los métodos de concepción artificial, contamos con los elementos suficientes para finalizar nuestro trabajo formulando las siguientes:

CONCLUSIONES

A) Generales.

1. La permanencia e inalterabilidad de las normas de Derecho son necesarias para alcanzar un mínimo de seguridad jurídica. Sin embargo, esa permanencia e inalterabilidad, en un momento histórico determinado son el principal obstáculo para el cambio.

2. Todo jurista, al legislar debe adoptar una mentalidad abierta, abandonar las posiciones absolutas y reconocer que el saber humano es dinámico y cambiante. Por lo tanto, el Derecho, sus normas, conceptos e instituciones, se encuentran de igual forma abiertas a nuevas posibilidades de síntesis.

3. Para realizar un análisis íntegro de toda experiencia jurídica, se deben manejar y estudiar los tres elementos en ella implicados: NORMA, HECHO y VALOR.

4. La observancia de una NORMA de Derecho, depende de la medida en que esa NORMA reproduce y reconoce la relación existente entre el VALOR vinculado al HECHO por fiscalizar. De esta forma, la NORMA jurídica se altera en la proporción en que el VALOR y/o HECHO que sintetiza se modifican.

5. La práctica reiterada de los diferentes métodos de concepción artificial y principalmente la utilización de células germinales o embriones humanos con fines reproductivos de ser reservada, en forma exclusiva, a las parejas heterosexuales, en condiciones extremas cuando no existe otra alternativa para superar las afecciones de esterilidad, infertilidad u otro padecimiento hereditario. Siempre y cuando, sea indicada por un médico.

6. En nuestro país, la incidencia en la ejecución de los diferentes métodos de concepción artificial, depende del grado de complejidad en ellos implicado. De esta forma, la inseminación artificial, es un procedimiento sencillo, de práctica más o menos generalizada. En cambio, la fecundación "in vitro" y la transferencia de embriones son técnicas de mayor dificultad, por lo mismo, son pocos los resultados exitosos hasta ahora registrados.

7. No obstante el hecho de que, en nuestra sociedad, la esterilidad como problema de salud pública dista mucho de equipararse a otros padecimientos, así como la situación de que la fecundación "in vitro" y la transferencia de embriones están poco desarrollados. Es necesario aprobar legislación en caminata a regular las consecuencias jurídicas que conlleva su ejecución.

8. Nuestro sistema de Derecho, en la Ley General de Salud comprende los métodos de concepción artificial, sus disposiciones son incompletas y sus alcances orientados principalmente a la investigación científica. Si bien, sanciona con pena corporal la inseminación artificial no consentida por la mujer, deja fuera otras conductas cuya tipificación como delito es necesaria. En materia civil, no existe ninguna disposición jurídica que haga alusión a las repercusiones en esta importante rama del Derecho.

9. Toda propuesta jurídica, orientada a fiscalizar la utilización de los métodos de concepción artificial y sus consecuencias legales, para ser completa, debe presentarse por medio de una ley que prevea sus repercusiones en los diversos ordenamientos del saber jurídico. La propuesta constreñida a una rama del Derecho es parcial e insuficiente.

10. Con la práctica reiterada de los métodos de concepción artificial, y dadas las finalidades del Derecho civil, es este ordenamiento legal, el que con mayor intensidad ve modificadas sus disposiciones e instituciones jurídicas. Sobre este tema, en lo particular, sostenemos que:

11. Todo embrión humano, concebido "in vivo" o "in vitro", debe ser considerado sujeto y no objeto de Derecho. Tomando en consideración las posibilidades que ofrecen los métodos de concepción artificial, los embriones no implantados, por su calidad humana, deben disfrutar de los siguientes derechos:

1. El derecho a la inalterabilidad de su patrimonio genético, hecha excepción de superar anomalías congénitas.
2. El derecho a la continuidad en su proceso de desarrollo embrionario y gestacional en el mayor número de condiciones naturales posibles.
3. El derecho a que se decida lo más pronto posible su destino final.

12. Es necesario que al término 'gestación', se le de un contenido específico y no se maneje como sinónimo de gravidez, preñez o embarazo. El concepto de 'gestación' se debe de emplear con referencia exclusiva al nuevo ser en desarrollo, contabilizando su inicio desde la fecundación hasta el -

nacimiento. Reservar los vocablos: 'gravidez', 'preñez' y 'embarazo' a la madre por aludir a los cambios fisiológicos de la mujer, comenzando su cómputo a partir de la fijación del óvulo fecundado en el útero. De esta forma, los embriones concebidos 'in vitro', almacenados y no implantados, no se deben interpretar como una interrupción de la gravidez, preñez o embarazo. Ni la destrucción de los mismos calificarla de aborto (aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, artículo 329 del Código Penal).

13. La esterilidad, infertilidad o impotencia 'generandi', no son impedimentos para la celebración del matrimonio, ni causal de divorcio.

14. El sistema de etiquetar a los hijos dependiendo del estado civil de sus padres en: legítimos, de matrimonio, ilegítimos, extramatrimoniales o adulterinos, para desalentar la procreación fuera del matrimonio, es reprobable e inoperante. Toda vez que, los únicos sancionados son los hijos y los padres quedan fuera de tales expresiones. Por lo tanto, se deben suprimir las disposiciones legales que las reproduzcan. Los hijos son simplemente hijos y nada más.

15. El contrato de maternidad subrogada, a la luz del Derecho mexicano, es inexistente por la falta de objeto materia del mismo. Para el supuesto de que la maternidad genética, fisiológica y social se reúnan en dos o tres mujeres distintas, el vínculo filial se determinará por el parto.

16. Procrear un hijo, con la intervención de un dador de semen diferente al marido, es una realidad que ha modificado el concepto jurídico de paternidad.

La regla milenaria: 'Pater is est quem nuptiae demonstrant', debe ser revalorada y conceptualizada como una presun

ción 'iuris tantum', en donde, la prueba en contrario sea general y no específica. En consecuencia, la solución inmejorable es adoptar un sistema abierto de desconocimiento de paternidad. Sobre este tema, los avances científicos en genética humana aportan elementos determinantes para establecer la auténtica vinculación filial del hijo.

17. El ambiente armonioso, libre de agresiones físicas y psicológicas necesario para el sano desarrollo de los hijos, no se logra por decreto de Ley. Por lo tanto, la persona que dude sobre la paternidad o filiación con un supuesto hijo o padre, debe agotar sus inquietudes por medio de un juicio de investigación de paternidad, a la larga, el beneficiado es el hijo.

18. La legislación elaborada respetando la verdad y transparencia de los hechos, evita tergiversaciones legales y conflictos jurídicos. De ahí que nuestro sistema de Derecho deba establecer los mecanismos suficientes para que el hijo - habido con la participación de un dador o dadores de células germinales pueda acceder a la información de las circunstancias de su concepción, gestación y parto, así como a la identidad y salud de sus progenitores genéticos.

19. La adopción prenatal, en los términos que proponemos, es articular y planear el marco jurídico encaminado a regular la vinculación filial del hijo procreado con la participación de un donador o donadores de células germinales o embriones.

20. La adopción prenatal, en los términos que proponemos, es el recurso para compaginar y armonizar la posición de respetar la verdad y transparencia de los hechos con los intereses del hijo, de los adoptantes y de los padres genéticos.

21. La práctica de cualquier método de concepción artificial, con la utilización de células germinales o de embriones, provenientes de un donador o donadores debe permitirse sólo si existe, previamente, un procedimiento autorizado de adopción prenatal.

22. La participación del Estado, en su papel de autoridad fiscalizadora, se realiza por medio del Poder Judicial y de la Secretaría de Salud. Se limita a establecer y supervisar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la adopción prenatal y la práctica de los diferentes métodos de concepción artificial.

23. Al no existir ningún mecanismo legal para asegurar el ambiente adecuado para el óptimo desenvolvimiento del hijo por adoptar antes de su nacimiento, es necesario establecer mecanismos para eliminar las situaciones potencialmente conflictivas. Ello se logra, en menor o mayor medida, reservando la utilización de células germinales y de embriones humanos con fines reproductivos de un donador o donadores o parejas heterosexuales, bajo prescripción médica, siempre y cuando la madre gestante sea la adoptante.

24. La concepción post-mortem, es una posibilidad que ofrecen los métodos de concepción artificial y un problema sin solución en nuestro sistema legal.

El hijo es en sí mismo una finalidad y no un medio para preservar intereses materiales.

En consecuencia, si bien es necesario dejar abiertos los canales jurídicos para establecer la vinculación filial del hijo así procreado, se debe desalentar su práctica. Por lo tanto, el hijo en estas circunstancias no debe disfrutar de vocación hereditaria.

25. Es erróneo hablar de un derecho a nacer o a la re-

producción. Estos, son hechos biológicos, sujetos a un sin fin de procesos fisiológicos a jurídicos, cuyo resultado final es imposible garantizar en una norma jurídica.

26. Es necesario elaborar un Registro nacional de dadores de células germinales, embriones e hijos procreados con su participación. Por medio de su seguimiento, se evitarán relaciones incestuosas.

B) Sobre las perspectivas Jurídicas de los Métodos de Concepción Artificial.

En cuanto hace a las proyecciones jurídicas de los temas suscitados con la práctica de los diversos métodos de concepción artificial, sostenemos que:

27. Las legislaciones latinoamericanas han regulado con anterioridad a sus pares europeas algunas modalidades de los métodos de concepción artificial, (Brasil en 1973, Costa Rica en 1975, Colombia en 1983 y México en 1984 y 1987; Suecia en 1985 y España en 1989). Sin embargo, sus disposiciones -- son limitadas, constreñidas a una rama específica del Derecho. No existe un ordenamiento que supervise de manera integral la práctica y consecuencias jurídicas que conlleva la ejecución de estas técnicas.

28. No obstante que la fecundación "in vitro" y la transferencia de embriones humanos han puesto de nueva cuenta a los métodos de concepción artificial en boca de la gran mayoría de los civilistas latinoamericanos, la mayoría de los ensayos publicados se caracterizan por la tibieza de sus autores que se limitan a reproducir la opinión de otros juristas. Sus propuestas concretas son escasas e incompletas. Este hecho, desde nuestro modesto punto de vista, se debe al conocimiento parcial de los temas y principalmente al temor de modificar

figuras jurídicas milenarias.

29. Dados los dinámicos y profundos avances logrados en las diversas ramas del conocimiento humano es imposible, en términos generales, que todo legislador sea perito en el tema por fiscalizar, la reproducción humana y los métodos de concepción artificial son un ejemplo.

Sin embargo, los trabajos interdisciplinarios son la solución inmejorable, integran el conocimiento y superan deficiencias.

30. Determinar la situación jurídica del óvulo fecundado, es la cuestión más controvertida, generada principalmente por la fecundación "in vitro" y la transferencia de embriones. En este tópico, se identifican las siguientes tendencias: 1.- La que determina el inicio de la vida humana días después de la fecundación, sexto o décimo cuarto día; 2.- La que señala el comienzo del periodo embrionario con la fecundación; 3.- Aquella que concede derechos al concebido sin mayores requisitos; 4.- La que otorga derechos al embrión hasta en tanto se encuentra implantado en el útero materno.

31. El acceso a la práctica de los diferentes métodos de concepción artificial, sigue el lineamiento de condicionarlo a indicaciones médicas.

32. La gestación en una mujer sola es un tema que encuentra dos posiciones: 1.- Aquella que reserva el uso de los diversos métodos de concepción artificial a personas heterosexuales unidas o no en matrimonio, y prohíbe su acceso a mujeres solas; 2.- La que permite su utilización a la mujer mayor de edad sin mayores requisitos.

33. El consentimiento de las partes, es un tópico con una orientación en el mismo sentido y sus lineamientos están-

bien definidos: Tanto la mujer como el marido o compañero de ben manifestar por escrito su consentimiento a la utilización del método de concepción artificial elegido.

34. Al determinar la situación jurídica de los hijos -- procedidos con la participación de un dador o dadores de células germinales o embriones humanos empleando estos métodos, -- se identifica una marcada posición a continuar la aplicación de calificativos según el estado civil de sus padres. Así, -- el hijo dado a luz por una mujer unida en matrimonio tiene el estatus de legítimo si el esposo de la madre consintió la -- ejecución del método de concepción artificial.

35. La maternidad subrogada, es uno de los temas cuyas perspectivas jurídicas son claras. Es unánime la postura que prohíbe la realización de estos contratos, los califican de nulos y determinan el vínculo materno por el parto.

No obstante esta corriente bien definida, en el Reino -- Unido e Italia existen discrepancias. El informe inglés titulado "Warnock", recomienda: que los contratos de maternidad subrogada deben ser considerados ilegales, por consiguiente, -- inejecutables ante tribunales; sin embargo, en el Capítulo de disentimientos, establece que los tribunales deben tener facultades para considerar cada caso en lo particular.

La adopción prenatal contenida en el artículo 24 bis, de la Ley Italiana del 4 de mayo, número 184, abre la puerta a -- posibles contratos de maternidad subrogada o sustituta. Toda vez que si no se autoriza la transferencia del embrión, la madre fisiológica, luego del parto debe decidir si conserva al -- bebé o lo da en adopción.

36. La vinculación jurídica con el dador, es un tema -- que no ha sido valorado en toda su magnitud. Si bien, se niega toda relación entre dador e hijo, cuando el esposo de la --

madre consintió la participación de aquel, no se prevee la situación opuesta, ni se considera si el semen fue proporcionado con fines no procreativos.

37. Inseminación 'post-mortem'. No obstante que la Legislación española permite su práctica en casos específicos, y niega toda vinculación o relación jurídica con el padre cuando el hijo no se encuentra en las hipótesis previstas. Creemos que el sentido común y la lógica terminarán imponiéndose, se prohibirá su práctica y se elaborarán los recursos legales para establecer la vinculación filial del hijo procreado en estas circunstancias.

38. Por lo que hace al secreto o publicidad sobre las particularidades de la concepción, gestación y parto del hijo habido con estos métodos, identificamos una tendencia clara a que esa información sea del conocimiento de los hijos. Las discrepancias se presentan al establecer las circunstancias y requisitos para permitir su acceso.

39. Sobre la investigación científica, concluimos lo siguiente:

Se identifica una corriente encaminada a elaborar legislación para fiscalizar en lo particular la investigación y experimentación en reproducción humana y en embriones. Esta postura, por absurda e inoperante, tarde o temprano se sustituirá por una serie de principios generales, sobre los cuales, se basa la investigación y experimentación. Las Comisiones de ética y los Consejos de seguridad deberán ser las autoridades encargadas de autorizar, supervisar o suspender tales estudios. De esta forma, fiscalización y actividad científica evolucionarán a la par.

BIBLIOGRAFIA:

- Arce y Cervantes, José. De las sucesiones, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1983.
- Bialostosky, Sara. Panorama del Derecho Romano, UNAM, Textos universitarios, México, D.F., 1982.
- Cestav, Saul. Derecho de familia y familia. Tercera ed., - Ed. Fundación de la cultura universitaria, Montevideo Uruguay, 1982.
- Chávez Ascencio, Manuel. Derecho de familia. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1984.
- Fosar Benlloch, E., Estudios de derecho de familia, Ed. Casa editorial S.A., Barcelona España, 1981-1982.
- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho civil primer curso, Ed. - Porrúa, S.A., México, D.F., 1980.
- Giuseppe Branca, Instituciones de Derecho Privado, Traducción de la sexta edición italiana, por Pablo Macedo, Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1978.
- Langman Jan. Embriología médica. Tercera ed., traducción de Humberto Vera Treviño, Ed. Interamericana, México, D.F., 1976.
- Lehmann, Henrich. Derecho de familia. Vol. IV, Traducción de la 2da. ed. alemana por José Ma. Navas. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1953.
- Mazeaud, Henri, León, Jean, Lecciones de Derecho Civil. Parte primera, Vol. III, traducción de Luis Alcalá - Zamora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa - América, Buenos Aires Argentina, 1959.
- Montero Duhalt, Sara. Derecho de familia. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1984.
- Pacheco, Escobedo Alberto. La persona en el derecho civil - mexicano. Ed. Panorama, México, D.F., 1985.
- Planjol Marcel. Tratado elemental de Derecho Civil. Vol. I. traducción de la 12a. edición francesa por el Lic. José M. - Cajica Jr., Ed. José M. Cajica Jr., Puebla, Pue., México, -- 1946.
- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. II, Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1983.

Tamayo y Salmorán, Rolando. El derecho y la ciencia del derecho, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D.F., 1986.

Trabucchi Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la décimoquinta edición italiana por Luis Martínez - Calcerrada, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid España, - 1967.

Vega Franco, Leopoldo; García Héctor. Bases esenciales de la salud pública, Ed. La prensa médica mexicana, México, - D.F., 1977.

Verruno, Luis; Haas Emilio. Manual para la investigación de la filiación, Ed. Abeledo - Perrot, Buenos Aires Argentina, - 1985.

Vidal Martínez, Jaime. El hijo legítimo, su concepto y determinación en el Código Civil español. Ed. Motecarvo, S.A., Madrid España, 1974.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contratos civiles. Segunda edición, Ed. Porrúa S.A., México, D.F., 1985.

HEMEROGRAFIA:

Acosta, Anibal. "Fertilización extracorpórea. Conquista de una técnica y desafío de esta década", Obstetricia y Ginecología Latino-Americanas, vol. 39, núm. 11-12, noviembre-diciembre, 1981, pp. 341-345.

Artuz, Antonio. "Aspectos clínicos y psicológicos de la inseminación artificial", Colombia Médica, Colombia, vol. 13, - núm. 1, 1982, pp. 26 - 29.

Battistuzzi, Frocchetti, D'Quino, De Luca, Serrentino, Bozz, "Normas sobre la inseminación artificial y la fecundación -- 'in vitro'", Propuesta de Ley, Presentada en la Cámara de Diputados el 28 de febrero de 1985, Italia, en Mier y Terán -- Siena, Régimen Jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, Tesis doctoral, Pamplona España, 1989.

Boletín de Información, Ministerio de Justicia, Madrid, España, año XLII, núm. 1503, 15 de septiembre de 1988, pp. 3897-3901.

Bonnet, E.T.P., "Fecundación extracorpórea 'in vitro', consideraciones medicolegales, La prensa médica argentina, Argentina, vol. 67, núm. 11, 1980, pp.

De Acosta, Oscar Mateo. "¿Es justificado el tratamiento de la pareja infertil en países subdesarrollados?", Actualidad en Endocrinología, Cuba, vol. 4, núm. 3, 1980, pp. 3-10.

"Dictamen previo a la redacción de la Ley de Inseminación Artificial Humana, Suecia", Comité sueco sobre Inseminación, Niños concebidos por Inseminación artificial. En Mier y Terán Siena, Régimen Jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, Tesis doctoral Pamplona España, 1989.

Escobar Trujillo, Pedro. "La Inseminación artificial de la mujer ante el derecho civil colombiano", Estudios de Derecho, Colombia, vol. 40, núm. 100, 1981, pp. 353-370.

Esep Albin. "La genética umana alla luce del diritto tedesco", L'indice penale, Padova Italia, anno XX, no. 3, - septiembre-diciembre, 1986, pp. 561-581.

"Exposición de motivos de la Ley Español de Técnicas de Reproducción Asistida", en Mier y Terán Siena, Régimen Jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, tesis doctoral, Pamplona España, 1989.

"Fecundación y concepción humanas: nuevas posibilidades", Información Científica y Tecnológica, vol. 11, núm. 30, septiembre, 1980, pp. 2-6.

Flores García, Fernando. "La inseminación artificial en la especie humana", Criminalia, México D.F., año XX, núm. 6, Julio de 1955.

Gatti, Hugo. "La familia y la técnica actual", Boletín de Instituto de Derecho Comparado de México, México, D.F., año XIV, núm. 41, mayo-agosto 1961, pp. 293-318.

García Flores, Rogelio. "Inseminación artificial con semen de donador", Ginecología y Obstetricia de México, México, D.F., vol. 54, diciembre 1986, pp. 338-341.

García Flores, Rogelio. "Inseminación artificial con semen del esposo", Ginecología y Obstetricia de México, México, D.F., vol. 55, febrero 1987, pp. 59-63.

García Mendieta, Carmen. "La filiación: Problemas jurídicos actuales", Anuario Jurídico. México, D.F., vol. 13, 1986, -- pp. 301-318.

González Bustamante, J., "¿Es lícita la fecundación artificial humana?", Criminalia, México, D.F., año XXVIII, núm. 12, diciembre 1962, pp. 736-740.

González Dsegura, Felipe. "La inseminación artificial de la mujer ante el derecho mexicano", Revista Foro de México, -- D.F., núm. 97, abril 1961, pp. 29-60.

González Trevisano, Pedro. "Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana -- y las llamadas técnicas de reproducción asistidas", Revista de Derecho Político, Madrid España, núm. 26, 1988, pp. 85-113.

Guzmán, Violeta Aura. "La inseminación artificial: ¿materia de conciencia o de derecho?", Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, San Juan Puerto Rico, -- vol. XIV, núm. 1, septiembre-diciembre 1979, pp. 67-82.

"Informa Warnock", Mier y Terán Siena, Régimen Jurídico de -- llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, tesis doctoral, Pamplona España, 1989.

Italo Tozzini, Roberto. "Aspectos éticos y médicos de la -- fertilización in vitro en la Argentina", Boletín Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires, Argentina, vol. 65, 1987, pp. 12-22.

Kirby, Gmg. "La biotecnología y el derecho"? Comisión Internacional de Juristas, Ginebra Suiza, núm. 39, diciembre - 1987, pp. 49-54.

Kuthy-Porter, J., "Ética de la Investigación clínica", Gaceta Médica de México, México, D.F., vol. 3, 1983, pp. 97-112.

Loi María, "La fecundación artificial en dos recientes proyectos de ley", Revista Internacional de Derecho Contemporáneo, Bruselas Bélgica, núm. 1, 1987, pp. 11-20.

Loi, María. "Observaciones con respecto al caso parpalaix", Revista Internacional de Derecho Contemporáneo, Bruselas Bélgica, núm. 2, 1985, pp. 101-107.

"Los grandes problemas éticos de la medicina contemporánea", Revista Médica de Chile, Chile, vol. III, núm. 10, 1983, pp.

Mac Gregor, Carlos; Castelazo, Luis, "Aspectos de la reproducción relacionados con los derechos humanos", Gaceta Médica de México, México, D.F., vol. 117, núm. 7, 1981, pp. 265-281.

Mac Gregor Sánchez Navarro. "Esterilidad", primera parte, -- Revista de la facultad de Medicina de la UNAM, México, vol. -- XII, año 23 núm. 4, 1980.

Mac Gregor Sánchez Navarro. "Esterilidad", segunda parte, - Revista de la facultad de Medicina de la UNAM, México, vol. - XII, año 23 núm. 1980.

Has Jorge, Padrón, Rubén. "Breve recuento histórico de la - reproducción humana", Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, Cuba, vol. 6, núm. 4, 1980, pp. 299-305.

"Normas sobre la fecundación artificial humana y sobre el -- tratamiento de los gametos y embriones", propuesta italiana de ley, Mier y Terán Siena, Régimen Jurídico de las Llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, tesis doctoral, -- Pamplona España, 1989.

Patito, José Angel. "La fecundación artificial in vitro y - la Ingeniería genética aspectos médico-legales", La Prensa - Médica Argentina, Argentina, vol. 68, pp. 800-804.

Pérez Tamayo, Ruy. "Fertilización extracorpórea; aspectos - morales y filosóficos", Revista Ciencia y Desarrollo, México, D.F., núm. 65, pp. 17-22.

"Proposición de Ley Relativa a la Inseminación Artificial en Seres Humanos", anexo al proceso verbal de la sesión 17 de - Julio de 1981 de la Asamblea Nacional Francesa, Mier y Terán Siena, Régimen Jurídico de las Llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, tesis doctoral, Pamplona España, 1989.

Ramírez Degollado, Mariano. "Eugenesia e inseminación arti- ficial", Revista Médica la Salle, México, D.F., núm. 1, ene- ro-marzo 1987, pp. 7-10.

Retzinger, Joseph. "La voz del papa", Universitas, núm. 72, 1986, pp. 11-48.

Reale, Miguel. Dialéctica de la experiencia jurídica", Rev- vista Persona y Derecho, Pamplona España, 1982, núm. 9, pp.

Reale Miguel, "Posición del tridimensionalismo jurídico con creto", Dianoia, México, D.F., 1967, pp. 336.

Reale Miguel. "Fondamenti della concezione tridimensionale del diritto", Revista internazionale di Filosofia del diritto, Milano, Italia, marzo-agosto 1961, pp.

Roa, Armando. "Los grandes problemas éticos de la medicina- contemporánea", Revista Médica de Chile, Chile, vol. III, -- núm. 10, 1983, pp. 1183-1193.

Sanguino Madariaga, Alirio. "La inseminación y fecundación artificial; aspectos jurídicos", Estudios de Derecho, Colombia, vol. 40, núm. 100, 1981, pp. 371-412.

Sanguino Madariaga, Alirio. "La fecundación artificial y sus implicaciones en los conceptos de filiación y paternidad", - Estudios de Derecho de México, Colombia, vol. 41, núm. 101--102, 1987, pp. 185-206.

Silva-Ruiz, Pedro. "El derecho de familia y la inseminación artificial in vivo e in vitro", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, D.F., enero-junio 1987, pp. 199--211.

Silva-Ruiz, Pedro. "El contrato de maternidad sustituta o - suplente o subrogada; la maternidad de alquiler". Revista - Judicial, Costa Rica, año XII, núm. 42, marzo 1988, pp. 139-144.

Silva-Ruiz, Pedro. "Panorama general de la fecundación humana asistida en los E.U.", en el Segundo Congreso Mundial Vasco; La filiación a fines del Siglo XX, Ingeniería Genética Y Reproducción Asistida, ed. Mariano Santos, Madrid, España, - 1989, pp. 323-334.

FUENTES PERIODISTICAS:

Cárdenas Lourdes. "Preparan en Perinatología un propuesta - para legislar sobre inseminación artificial". El universal, México, D.F., 4 de octubre de 1989, primera sección, p. 20.

"México produce cerca de 25 niños de probeta al año; muchas - mujeres esperan la inseminación artificial". El universal, - México D.F., 17 de marzo de 1990.

Bravo Rosa Ma., Hoyos Pilar. "En un futuro próximo se inten- - tarán cambios genéticos en seres humanos". Periódico cientí- - fico muy interesante, México, D.F., año VI, No. 12-011189.

Robles Manuel. "Controversia entre medicina privada y ofi- - cial sobre embarazos no naturales". Proceso, México, D.F., - núm. 545, 13 de abril de 1987.

OTRAS FUENTES:

"Biblia de Jerusalén". Edición española dirigida por José - Ángel Ubleta, Editorial Española Desclee de Brouwer, S.A., - Bilbao España, 1975.

Principales motivos de demanda de consulta externa en población derechohabiente, Nivel Nacional, IMSS, enero-diciembre-1989.

Resumen general de egresos hospitalarios: D.F. y foráneos, - anuarios 1987 y 1988, Departamento de Informática, ISSSTE.

ENCICLOPEDIAS-

Saporono, Aldo. Nuestra Salud, La gran enciclopedia médica-de la familia, t. I, Ed. De Vecchi, S.A., Barcelona España.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires Argentina, 1979.

DICCIONARIOS:

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, - Vigésima edición, t. I y II, Ed. Espasa - Calpe S.A., Madrid España, 1984.

Joven Mariel. Diccionario de Medicina, Ed. Marfn, S.A., Barcelona España 1986.

Medicina y Salud. Diccionario enciclopédico Lexis 22, Ed. - Círculo de Lectores, S.A., Barcelona España, 1979.

LEGISLACION:

I. NACIONAL:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. - Porrúa, S.A., México, D.F., 1987.

Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 19

Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1990.

Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la - Federación el 7 de febrero de 1984, Ed. Porrúa, S.A., México D.F., 1989.

Acuerdo de la Secretaría de Salubridad y Asistencia de fecha 23 de diciembre de 1981, Diario Oficial de la Federación, 26 de enero de 1982.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos. Diario Oficial de la Federación, 20 de febrero de 1985, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F., 1989.

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud. Diario Oficial de la Federación 6 de enero de 1987, Ed. Porrúa, S.A., México D.F., 1989.

Código Civil para el Estado de Quintana Roo, Ed. Porrúa, S.A. México D.F., 1985.

Código Familiar de el Estado de Hidalgo, Periódico Oficial - del Estado de Hidalgo, México, 8 de diciembre de 1986.

Código Penal para el Estado de Chihuahua, Periódico Oficial - del Estado de Chihuahua, México, núm. 18, 4 de marzo de 1987.

II. EXTRANJERA:

"Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida", Boletín Oficial de las Cortes, 31 de octubre de 1988, Mier y Terán Siena, S., Régimen jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, tesis doctoral, Pamplona España, - 1989.

"Ley de inseminación artificial humana", Boletín Oficial -- del Estado Sueco, 22 de diciembre de 1985, Mier y Terán, S., Régimen jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción -- Asistida, t. II, tesis doctoral, Pamplona España, 1989.

"La Declaración y los Derechos del Niño no Nacido", Asamblea del parlamento de Europa, resolución número 4,376 de fecha 6 de octubre de 1978. Mier y Terán, S., Régimen jurídico de las llamadas Técnicas de Reproducción Asistida, t. II, Pamplona España, 1988.

INDICE GENERAL

	Pág.
Prólogo	5
Introducción	7
Capítulo Primero	
I. Biología de la reproducción humana	12
II. Evolución de la reproducción humana	17
III. Métodos de concepción artificial	21
A) Inseminación artificial	27
1. Homóloga	28
2. Heteróloga	29
3. Combinada o mixta	31
B) Fecundación extracorpórea 'in vitro'	32
1. Forma ortodoxa	33
2. Forma heterodoxa	34
3. Tipos de madre según los genes del óvulo y del útero gestante	36
C) Transferencia intratubaria de gametos	39
D) Transferencia de embriones	40
1. Embrión de flujo; la vage	41
IV. Ingeniería genética	43
A) Hombre clonal	44
B) Eugenesia	48

Capítulo Segundo

LOS METODOS DE CONCEPCIÓN ARTIFICIAL Y SU PROBLEMATICA
JURIDICA, (algunas hipótesis)

I.	Generalidades	50
	A) Contenido	51
II.	Personas por nacer	53
	A) Concepción del ser humano - personalidad . . .	53
	B) Concepción artificial	59
III.	Duración del embarazo	62
	A) Duración del embarazo y concepción artificial .	65
IV.	Filiación	65
	A) Marco jurídico - doctrinal	65
	1. Filiación matrimonial o legítima	66
	a) Acción de desconocimiento de paternidad	68
	b) Acción de desconocimiento de legitimidad	69
	c) Acción de reclamación de estado de hijo de matrimonio	70
	2. Filiación extramatrimonial	71
	a) Reconocimiento	73
	b) Legitimación	76
	3. Filiación civil o adoptiva	77
	a) Requisitos	79
	b) Consecuencia	80
	c) Legitimación adoptiva	81
	B) Maternidad y los métodos de concepción artificial .	83
	1. Maternidad subrogada	84
	2. Mujer sola	87
	C) Paternidad y los métodos de concepción artificial . .	88
	1. Tipos de paternidad	90
	2. Inseminación artificial homóloga	91
	3. Inseminación artificial heteróloga	91
	a) Con el consentimiento del marido	92
	b) Sin el consentimiento del marido	92

	Pág.
4. Fecundación extracorpórea 'In vitro' . . .	92
5. Paternidad y genética	93
6. Desconocimiento de la paternidad	95
a) Inseminación artificial homóloga	96
b) Inseminación artificial heteróloga	97
b.1. Con el consentimiento del marido	97
b.2. Sin el consentimiento del marido	98
c) Fecundación extracorpórea 'In vitro'	98
7. Donación de espermias	100
8. Inseminación artificial post - mortem	103
D) El hijo y los métodos de concepción artificial	106
1. Filiación materna	106
2. Filiación paterna	107
a) Legitimidad en la inseminación artificial homóloga	107
b) Legitimidad en la inseminación artificial heteróloga	107
c) Hijos concebidos por inseminación artificial post mortem	109
d) Filiación del hijo de mujer sola concebido con la participación de un donador de semen	111
e) Acciones del hijo para establecer su vinculación filial	112
V. Contrato de maternidad subrogada	115
A) Caso "Baby M".	115
1. Resolución en primera instancia	116
2. Resolución en segunda instancia	117
3. Comentarios	119
B) Concepto	121
C) Sujetos participantes	124
1. Madre de alquiler	124
2. Proveedores	124
3. Donadores o dadores de células germinales	125
4. Agente técnico	125

D)	Clasificación del contrato	126
E)	Elementos del contrato	126
	1. Consentimiento	127
	2. Objeto	127
F)	Tendencia en otros países	132
	1. E.U.A.	132
	2. Reino Unido de Gran Bretaña	133
	3. Canadá	133
	4. Australia	134
	5. España	134
VI.	Matrimonio	136
	A) Los métodos de concepción artificial y el ma- trimonio	136
	B) Nulidad de matrimonio	139
VII.	Divorcio	142
VIII.	Sucesiones	149

Capítulo Tercero

CONCEPCIÓN ARTIFICIAL, UN ANÁLISIS A LA LUZ DEL TRIDIMENSIONALISMO JURÍDICO

I.	Generalidades	159
II.	Hecho	160
	A) Esterilidad como problema de salud pública en- México	162
	1. Epidemiología de la esterilidad	163
	a) Distribución de la esterilidad en la po- blación	164
	B) Concepción artificial en México	168
	1. Inseminación artificial	168
	2. Fecundación extracorpórea 'in vitro'	170
	3. Transferencia intratubaria de gametos (TIG)	172
	4. Porcentaje de éxito	172
	C) El aspecto psicológico en la concepción artifi- cial	175

	Pág.
1. Mujer	175
2. Padre jurídico	176
3. Donador	177
4. Matrimonio	178
5. Hijo	179
D) Aspectos económicos de la concepción artificial	181
1. Nivel socioeconómico	181
2. Esterilidad - vida económicamente activa	182
E) ¿Es justificado el tratamiento de la pareja in fertil en países subdesarrollados?	183
1. Implicaciones sociales	184
2. Implicaciones para las Instituciones de salud	184
3. Implicaciones jurídicas	185
III. Valor	186
A) Posición de la Iglesia católica	187
1. Embriones humanos	187
2. Investigación	188
3. Fecundación artificial homóloga	188
4. Fecundación artificial heteróloga	189
5. Fecundación artificial 'in vitro' homóloga	189
6. Fecundación artificial 'in vitro' heteróloga	189
B) Concepción artificial	190
1. Argumentos en contra	190
a) Inseminación artificial	190
b) Fecundación 'in vitro'	192
c) Donación de células germinales	192
d) Inseminación post - mortem	193
2. Argumentos a favor	193
C) Mujer libre de matrimonio	194
D) Acto unitivo - acto procreativo	197
E) Secreto o publicidad sobre las circunstancias de la concepción	199
F) La dignidad del concebido	202
G) Manipulación de gametos	204

	Pág.
1. Fecundación 'in vitro'	206
2. Manipulación de D.N.A.	208
H) Etica de la Investigación científica	209
IV. Norma	215
A) Constitución Política de los Estados Unidos Me xicanos.	216
B) Código Civil para el Distrito Federal.	218
C) Código Penal para el Distrito Federal.	218
D) Ley General de Salud	221
E) Acuerdo de la Secretaría de Salubridad y Asis- tencia de fecha 23 de diciembre de 1981.	225
F) Reglamento de la Ley General de Salud en mate- ria de control sanitario de disposición de ór- ganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.	226
G) Reglamento de la Ley General de Salud en mate- ria de Investigación para la salud	227
H) Código Civil para el Estado de Quintana Roo.	231
I) Código Familiar del Estado de Hidalgo.	233
J) Código Penal para el Estado de Chihuahua	234
V. Dialéctica de la experiencia jurídica.	236

Capítulo Cuarto

ANÁLISIS DE ALGUNOS PROYECTOS Y DISPOSICIONES JURÍDICAS EN OTROS PAÍSES

I. Costa Rica	242
A) Código de familia.	242
II. Colombia	244
A) Código Civil	244
B) Código Penal	245
III. Argentina.	246
A) Código Civil	246
IV. Brasil	247
A) Código Penal	247
B) Proyecto brasileño encaminado a regular la in- seminación artificial.	248

	Pág.
V. España	250
A) Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida.	250
VI. Italia	256
A) Ley del 4 de mayo.	256
B) Proyectos de ley	257
1. Proyecto de fecha 25 de noviembre de 1958.	257
2. Proyecto de fecha 8 de abril de 1959	257
3. Normas sobre procedimientos no naturales de fecundación	258
4. Normas sobre la fecundación artificial y sobre el tratamiento de los gametos y embriones.	258
5. Normas sobre la inseminación artificial y la fecundación 'in vitro'.	260
VII. Francia	262
A) Código Civil	262
B) Proposición de ley relativa a la inseminación artificial de seres humanos.	263
VIII. Alemania	265
IX. Suecia	267
X. Reino Unido.	272
A) Informe Warnock	272
XI. E.U.A.	275
A) Inseminación artificial.	275
B) Maternidad subrogada	276
C) Mujer sola	277
XII. Parlamento Europeo	279
A) Declaración de los derechos del niño no nacido	279
XIII. Perspectivas jurídicas de la concepción artificial	281

Capítulo quinto

PROYECTO DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL

I.	PROYECTO DE ADICIONES Y REFORMAS AL CODIGO CIVIL - PARA EL DISTRITO FEDERAL SOBRE LA PARTICIPACION DE DONADORES DE CELULAS GERMINALES Y EMBRIONES CON FI NES REPRODUCTIVOS.	287
	A) Respecto a disposiciones vigentes del Código - Civil para el Distrito Federal	288
	B) Sobre la adopción prenatal	293
II.	Comentarios a los artículos.	300
III.	Recomendaciones.	306
IV.	Conclusiones	309
	A) Generales.	309
	B) Sobre las perspectivas jurídicas de la concep ción artificial.	315
	BIBLIOGRAFIA	319
	INDICE GENERAL	327