

323

22



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN NUESTRA LEGISLACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
NORMA IVONE LEON PEREZ



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.

A DIOS GRACIAS.

A mi padre

SERGIO LEON ALARCON

Por ser el principal maestro que me enseñó en todo momento a enfrentarme a la vida con rectitud y honestidad, valorando la vida y teniendo el esfuerzo como fuente de superación constante.

A mi madre

MA. DE LOS ANGELES PEREZ DE LEON

Por ser la fuente inagotable de amor, paciencia y comprensión en la que he encontrado saciedad a mis preocupaciones y desvelos.

Por ser ellos lo que más quiero, lo más valioso y lo más bello que la vida me ha dado.

A MIS HERMANOS :

Por su personal estilo de quererme y apoyarme en mi desarrollo personal.

A FABIS Y A MIS SOBRINOS :

Con especial cariño y esperando ser un estímulo en la culminación de sus estudios.

A ELIZABETH:

Mi afecto más profundo, por todo el apoyo e impulso que me ha ofrecido en los buenos y malos momentos.

A VERO:

En reconocimiento a la gran amistad que nos une.

**A MI HERMANO LIC. MIGUEL ANGEL
LEON**

Con amor, admiración y respeto porque con sus palabras de ánimo fue posible la realización de este trabajo.

AL ING. RAUL RIVERA GOMEZ

Con cariño, por la inestimable ayuda en el transcurso de la carrera y por los consejos brindados cotidianamente en mi superación personal.

AL DR. IVAN LAGUNES PEREZ

Por su apoyo en la elaboración de este trabajo, experiencia y profesionalismo.

**A TODOS MIS PROFESORES,
COMPAÑEROS Y AMIGOS**

...gracias.

ÍNDICE

	pág.
INTRODUCCIÓN	4

CAPITULO PRIMERO

LA FILIACIÓN

1. DEFINICIÓN	7
2. ELEMENTOS	10
3. FUENTES:	16
a) PROCREACIÓN	18
b) ADOPCIÓN	19
4. CLASES DE FILIACION	22
a) FILIACIÓN MATRIMONIAL	22
b) FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL	24
c) FILIACIÓN POR ADOPCIÓN	25
5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS	26

CAPITULO SEGUNDO

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN VIVO:	32
a) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA	32
b) CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	34
c) CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	36
2. LA FECUNDACIÓN IN VITRO	39
a) LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL	39
b) CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL	42
c) CLASIFICACIÓN DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO	51
3.- REQUISITOS PARA EFECTUAR UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	60

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS JURÍDICOS DE LA INSEMINACIÓN FRENTE A LA FILIACIÓN

1.-	IMPORTANCIA DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN NUESTRA SOCIEDAD	66
2.-	CONSECUENCIAS JURÍDICAS POR LA FALTA DE REGULACIÓN DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL	68
3.-	PRESUNCIÓN DE LA PATERNIDAD	73
4.-	IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD	75
5.-	LA FILIACIÓN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA	77
6.-	LA FILIACIÓN POST-MORTEM.	88
7.-	LA FILIACIÓN DEL HIJO PÓSTUMO EN LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.	92

CAPITULO CUARTO

NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN

	ANTECEDENTES IMPORTANTES	98
1.-	a) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	102
	b) CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	103
	c) LEY GENERAL DE SALUD	112
	d) LEY GENERAL DE POBLACIÓN	120
2.-	DERECHO COMPARADO	125
	a) LEGISLACIÓN DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA	125
	b) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	127
	c) LEGISLACIÓN DE INGLATERRA	131
	d) LEGISLACIÓN DE CANADÁ	132
	e) LEGISLACIÓN DE DINAMARCA	132
	f) LEGISLACIÓN DE SUECIA	135
	COMENTARIO	139
	CONCLUSIONES	143
	BIBLIOGRAFÍA	145

INTRODUCCIÓN

Con el presente trabajo se pretende realizar algunas reflexiones sobre algunos avances científicos, que conllevan novedosas técnicas de reproducción humana, así como la inquietud y efectos que generan en el campo del derecho civil, esencialmente en la institución de *La Familia* y su repercusión en la figura jurídica de la *Filiación*, y sobre todo establecer que derechos asisten a éstos niños engendrados con intervención de ayuda científica o por medios considerados no naturale desde el momento de su concepción y nacimiento y posteriormente en su relación al establecer contacto con los individuos que integran la sociedad.

Esta investigación en primer término analiza la figura jurídica de la Filiación, posteriormente se estudia el concepto de la inseminación artificial, con los diferentes tipos de ella, en seguida se observan los efectos jurídicos de la inseminación frente a la filiación, a fin de determinar los problemas que se pueden presentar en el futuro, como sería el caso de aquellas personas que venden o donan espermatozoides a los bancos de semen, permitiendo que estas personas puedan tener una infinidad de hijos con diferentes madres que soliciten ser fertilizadas con semen depositado en estos bancos, y estos hijos producto de inseminación artificial, tuvieran la posibilidad de conocerse y tener contacto en lo futuro con sus medios hermanos, sin saber que lo son y puedan llegar hasta a contraer matrimonio entre ellos, lo que ocasionaría en su descendencia problemas de carácter genético, repercutiendo con un grave problema en nuestro derecho, el desarrollo que ha tenido la inseminación artificial en éstas últimas décadas apoyada por la ciencia y técnicas de Investigación, ha hecho que nuestro derecho vigente quede rezagado frente a la realidad, por lo que se requiere que en materia de derecho positivo, exista una legislación adecuada a los avances científicos, que regule las evoluciones de la ciencia, como es el caso del presente estudio, la cual no se encuentra debidamente regulada ni legislada en nuestro país.

Sentimos que el problema se agudizará en los próximos años, cuando en nuestra nación se empiecen a presentar casos concretos de jóvenes que ignoren

que su origen fue de inseminación artificial y que deseen contraer matrimonio con un medio hermano, desconociendo ambos que lo son, porque uno ó los dos fueron producto de inseminación artificial.

Cabe mencionar que en la actualidad se llevan a cabo este tipo de inseminaciones sin un control estricto o legislado y sin un criterio uniforme en cuanto a requisitos para realizarlo; esta labor profesional se efectúa en hospitales públicos y privados, y donde estos profesionistas, cuando así lo amerite el caso, se encargan de conseguir el semen u óvulos femeninos, para efectuar la inseminación y ser trasplantados en mujeres solteras o casadas solicitantes de hijos.

Sin embargo, es conveniente resaltar, que este avance científico, ha permitido traer felicidad y unión matrimonial a cientos de parejas unidas en matrimonio, que durante años, por problemas de esterilidad u otras razones no puedan tener sus propios hijos. Y ahora con este avance científico es posible que tengan una oportunidad de tener su propia familia y con sus propios genes.

Por las razones expuestas, el derecho no debe ser una ciencia estática, por el contrario día a día debe ir a la par con la realidad y acorde con los avances de la ciencia y las técnicas de la investigación, de otra manera su reglamentación no estaría ajustada a la verdad, ni a los casos concretos que acontecen en nuestra sociedad, por eso consideramos que es momento oportuno para los juristas y estudiosos del derecho, que con sus investigaciones jurídicas se inquiete el tema en la actividad de los gobernantes y legisladores y se hagan reflexiones para ajustar nuestra actual legislación y permitir equilibrar el futuro de las próximas generaciones como es el tema que se comenta en el presente estudio.

CAPITULO PRIMERO

1.- DEFINICIÓN.

2.- ELEMENTOS.

3.- FUENTES.

a) PROCREACIÓN

b) ADOPCION

4.- CLASIFICACION.

a) FILIACION MATRIMONIAL

b) FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

c) FILIACION POR ADOPCION

5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

1. DEFINICIÓN

La Filiación es una de las principales fuentes que forman parte de la célula de la sociedad "**La familia**", ya que de ésta se origina el parentesco.

La palabra **FILIACIÓN**: Proviene del latín filiatio - onis, de filius, hijo.

"La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación."¹

A efecto de entrar en materia, principiaremos exponiendo las diferentes definiciones que de filiación nos dan diversos autores:

Planiol, define a la filiación como "la relación que existe entre dos personas de las cuales una es la madre o el padre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado".²

Sara Montero, en su libro *Derecho de Familia*, nos dice que "Filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: Padre o Madre - hijo o hija".³

Por su parte Rafael Rojina Villegas, explica que, "En sentido amplio considera que la filiación comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado."⁴

En su obra de *Derecho Civil*, Clemente Soto Alvarez nos dice que "La filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre

¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM, Tomo IV, 1988, P.214.

² PALOMAR DE MIGUEL Juan, *Diccionario para Juristas México O.F.* Ed. Ediciones Mayo, P. 598.

³ MONTERO DUHALT, Sara. *Derecho de Familia*. Ed. Porrúa, 1990. P. 266

⁴ ROJINA VILLEGAS Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Ed. Porrúa, 1988 P. 451

o la madre de la otra, o en otras palabras, es la relación existente entre padres e hijos".⁵

Así mismo Ignacio Galindo Garfias sostiene que La filiación es la relación que existe entre dos personas, de las cuales una es el padre o la madre de la otra."⁶

Manuel Chávez. Asencio nos dice que la filiación "es la relación permanente, que existe entre los padres e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares."⁷

Analizando las anteriores definiciones, en su mayoría los autores citados coinciden en que la Filiación, es la relación que existe entre dos personas esencialmente las que descienden unas de otras, formando a la institución denominada familia. En esa relación es donde surge la filiación, sin especificar de qué tipo, a excepción de Sara Montero, que establece que se trata de una relación jurídica; y Rojina Villegas, menciona que comprende un vínculo jurídico.

Pensamos que al hablar de la relación que existe entre dos personas, sin ninguna especificación, dichos autores se refieren a la relación biológica, pero puede existir la posibilidad de que se reconozca un hijo que no haya sido procreado por la persona que lo reconoce como tal, por lo que no siempre se trata de una relación biológica, pero se puede afirmar que todos coinciden en un punto fundamental, la relación que existe entre padres e hijos.

Una vez expuestas las anteriores definiciones, se deduce de ellas que, la naturaleza jurídica de la filiación, es un estado civil que origina relaciones de familia y determina los derechos y obligaciones entre el hijo y su progenitor o progenitores.

⁵ SOTO ALVAREZ Clemente, Derecho de las Personas y la Familia, Ed. Limusa, México D.F. 1975. P 115

⁶ GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", Ed. Porrúa S.A. P. 617, México, 1983 Pág. 617

⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel, "La Familia en el Derecho", Ed. Porrúa, México D.F. 1981 P. 111

Ahora bien, por nuestra parte se deduce precisar que la filiación es una relación jurídica que existe entre progenitores y sus descendientes directos en primer grado padre o madre hijo e hija.

Tomando como base ésta definición sin quitarle importancia a las demás definiciones, podemos señalar que la fuente primordial de la familia es la filiación, por ser el parentesco más cercano y más importante, por ser más directo: el que existe entre padres e hijos y que por su particular relevancia toma el nombre de filiación.

La procedencia de los hijos respecto de los padres, es un hecho biológico con consecuencias de derecho, que nadie podría desconocer, ya que siempre se es hijo de un padre y de una madre; ahora, si tomamos a la filiación en el sentido biológico, podemos entender que es la descendencia en línea recta y que comprende toda la serie de intermediarios que unen a una persona determinada con cualquier ancestro por alejado que sea, es decir, que la relación que une a una determinada persona, en línea recta, con su ancestro por alejado, comprenderá, la relación que lo une con sus ancestros más cercanos, por ejemplo: el hijo está unido con su bisabuelo por determinada relación, también comprende las relaciones que unen con su padre y con su abuelo, pero en el lenguaje del derecho la palabra filiación ha tomado un sentido más restringido y comprende solamente la relación inmediata de los padres con el hijo. Esta limitación se justifica porque esa relación se produce idéntica así misma en todas sus generaciones. La relación de la filiación también toma los nombres de paternidad y maternidad, cuando se considera respectivamente del padre o de la madre. Este hecho va a crear el parentesco de primer grado y su repetición produce líneas o series de grados. Así podemos afirmar que la norma jurídica referente a la filiación se apoya en el hecho biológico de la procreación.

2.- ELEMENTOS

La paternidad y la maternidad forman parte en la relación jurídica de la filiación, es decir, de la primera relación jurídica paterno filial, estos elementos se integran de distinta manera según se trate de establecerla respecto de la madre o en relación con el padre.

Maternidad.- "De materno (latín, maternus), perteneciente a la madre; estado o calidad de madre.

Maternidad legítima; es aquella en la que el hijo es concebido dentro del matrimonio.

Maternidad ilegítima; es aquella en la que el hijo es concebido extramatrimonialmente.

Maternidad natural; vínculo genético entre mujer no casada al concebir."⁸

Sara Montero anota que "la maternidad es un hecho indubitable derivado de los datos derivados certeramente del embarazo y del parto, ya sea dentro y fuera del matrimonio. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre para determinar la filiación, cuando el parto tenga lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre."⁹

"Respecto de la determinación de la filiación en relación con la madre, de acuerdo con Rafael Rojina Villegas, el primer punto que ha de establecerse, es el

⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario de Juristas, México, Op. Cit. P. 844
⁹ MONTERO DUHALT, Sara, Op. Cit. P. 286

parto de quién pretende ser la madre, que una mujer haya tenido un hijo; para lo cual es necesario conocer el hecho del alumbramiento y su fecha, en segundo lugar hay que establecer si el infante que reclama la mujer, es el que parió y la identidad, estableciendo que hay concordancia entre la fecha del parto y la edad del que reclame que es hijo suyo, probados estos puntos queda establecida la filiación materna respecto a su hijo. La maternidad, es más fácil y jamás deja lugar a duda".¹⁰

En cambio, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sino sólo presumirse. Además, para poder determinar quién es el padre, es necesario conocer quién es la madre, por lo cual si la maternidad es desconocida, no se puede investigar la paternidad, porque es a través de la madre como podemos llegar al padre; por lo que es ilógico pensar buscar al padre de un hijo cuando no se sabe quién es la madre, sin embargo, existe una excepción relacionada con la filiación extramatrimonial: cuando ésta filiación se ha establecido por virtud de un reconocimiento voluntario hecho por el padre.

De lo anterior se desprende que la ley siempre alude al término de investigación de la paternidad y no menciona primero la investigación a la maternidad.

Eduardo Zannoni afirma que la "maternidad se acredita por el parto de la mujer. Esto nos lleva a concluir que el parto constituye el hecho que, aprobado atribuye la maternidad, en sentido biológico siempre es cierta."¹¹

¹⁰ ROJINAVILLEGAS, Rafael, Op Cit. P 432

¹¹ ZANNONI, Eduardo Hijos Legítimos, Ed. Astrea . Seg. Edición, México D.F.P. 294

Marcel Planiol, a este respecto manifiesta que la "filiación materna es la única susceptible de probarse directamente, el hecho de alumbramiento puede demostrarse con toda certidumbre de testigos; en cambio la paternidad nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa; nos conformamos con presunciones que no producen la certidumbre"¹²

Por lo tanto en la maternidad es necesario probar dos elementos:

1.- El hecho del parto.

2.- La identidad de ésta con el hijo dado a la luz por la misma. Se refiere a la maternidad, es decir, el parto es el hecho que permite conocer la filiación en forma directa o indirecta. El alumbramiento es un hecho cuya existencia se puede constatar por medio de la prueba directa. El parto, es un hecho natural que por sí sólo basta para establecer que cierta mujer es la madre de una persona. El hecho del parto sirve de base para deducir las circunstancias que han precedido al nacimiento, y así poder deducir o presumir quien es el padre de aquel que ha dado a luz aquella mujer.

La paternidad por el contrario, no puede ser conocida directamente en forma inmediata porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un varón y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento, se encuentran rodeados de un velo impenetrable; por lo que se refiere a la filiación matrimonial, sólo a través de una presunción puede afirmarse que el varón es autor del embarazo de la mujer.

Para esta comprobación puede usarse cualquier medio probatorio, aunque lo normal es que en el acta de nacimiento se asiente el reconocimiento materno;

¹² PLANIOL, MARCEL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol. IV, Ed. José M. Mujica, Puebla, 1967, P. 142.

por lo tanto se es hijo de la madre si se aprueba el parto y si la persona que alega esa filiación maternal es el producto de aquel alumbramiento.

El artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal establece "La madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo. Tiene obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo."

Ahora bien, para los efectos jurídicos, el hecho de la maternidad resulta por consiguiente, la prueba de que una mujer dio a luz determinado hijo y que éste después se identifica como aquel que pretende el carácter de tal, para deducir algún derecho o ejercitar alguna acción en materia de alimentos, de herencia o simplemente para defender su estado de hijo y tener el nombre, la fama y la calidad de tal. La filiación de los hijos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre el sólo hecho del nacimiento, pero, como la paternidad natural es desconocida y sólo indirectamente la podemos deducir a través de presunciones, puede resultar de una sentencia que así lo declare o cuando expresamente se lleve a cabo un reconocimiento por aquel al que se le atribuye la calidad de padre. En cuanto a la madre la justificación del parto puede hacerse por el acta de nacimiento del hijo, si el nombre de la madre se hizo constar en dicha acta. Cuando es ella quien presenta al hijo, tiene la obligación de dar su nombre. Sólo en los casos en que el hijo se presente como de madre desconocida o que el padre presente al hijo para registrarlo o reconocerlo, la partida de nacimiento no revelaría este hecho que se trata de acreditar en toda la filiación o sea, el parto, es decir, que una mujer dio a luz un determinado hijo. Entonces el parto tiene que probarse a través de testigos, por ejemplo el partero, el médico, la enfermera u otras personas que hubiesen comprobado la existencia del parto; porque pueden haber suposiciones de infante y una mujer atribuirse un determinado hijo que en realidad no dio a luz, lo que además constituye un delito especial.

Una vez abordada la filiación materna, pasaremos a la paterna. Por el contrario la filiación paterna no puede ser conocida directamente en forma inmediata. Por lo que tratándose de la filiación matrimonial sólo a través de la presunción puede afirmarse que el embarazo de la mujer es obra de un determinado hombre.

Paternidad. (Latín paternus) "perteneciente al padre, o propio suyo, o derivado de él. Calidad de padre procreación por varón; relación paternal que une al padre con el hijo".

Paternidad legítima.- Es la que deriva de padre legítimo.

Paternidad ilegítima.- La que proviene de un padre ilegítimo.

Paternidad Natural.- La que se origina al existir la relación padre-hijo un padre natural.¹³

Paternidad.- Significa en sentido gramatical, "calidad de padre como maternidad significa calidad de madre. Pero en sentido jurídico significa la relación existente entre los padres y los hijos"¹⁴

Bajo el concepto de paternidad no sólo se comprende el lazo paternal, que une al hijo con el padre, sino también la maternidad, o sea el que vincula a la madre con sus hijos. Paralelo y correlativo al concepto de paternidad se haya la filiación, si bien la paternidad indica la procreación de los padres de determinados hijos, la filiación señala la procedencia de esos hijos respecto a sus padres, así pues los conceptos de paternidad incluyen también a la maternidad y a la filiación, aluden a una y la misma relación contemplada desde diversos puntos de vista. Primero la considera desde el de los padres, segundo desde el de los hijos, es

¹³ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, O p. Cit. P. 989.

¹⁴ DE PINA Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, Ed. Porrúa, México D.F. 1960, P. 349 .

decir: "La palabra paternidad y filiación expresan dos calidades correlativas e inseparables, aquella la calidad de padre y ésta la calidad de hijo."¹⁵

A diferencia de lo dicho en relación a la maternidad, la paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse.

De aquí que la ley recurra a las presunciones para determinar la paternidad en esta relación jurídica.

El hijo que nace de pareja unida en matrimonio tiene derecho a su favor no sólo la certeza plena de su filiación materna, sino la paternidad con respecto al marido de su madre.

El matrimonio trae como consecuencia jurídica la autenticidad de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre. Esto en razón del estado de casados, los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos entre ellos la fidelidad, entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual. Marido y mujer tienen entre sí el débito carnal sólo el uno con el otro en base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo.

La paternidad y la filiación encuentran su origen en un hecho biológico de la generación. Este hecho como cualquier otro es incapaz por sí solo de engendrar efectos jurídicos, se requiere por ello la sanción del derecho. "En la filiación hay un aspecto natural como hecho y un aspecto jurídico como relación social, y aún como estado social, que el derecho tiene que regular y reconocer cuidadosamente."¹⁶ El derecho se debe basar en los hechos para ser adecuados si van a regular el hecho físico de la generación, debe de conocer quienes

¹⁵ MATEOS ALARCÓN, Código Civil Comentado y Anotado de 1990, P. 152.

¹⁶ FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis, Derecho de la Familia en la Legislación comparada, de Hispano-América, Unión tipográfica de México. 1947 P. 179

intervienen en la misma, es decir, quien es el padre, quien es el hijo. Como hecho natural la filiación existe siempre en todos los individuos; y se es hijo de un padre y de una madre".¹⁷

En la paternidad, encontramos que es una situación permanente que regula el derecho y que se origina no sólo por virtud del hecho de la procreación sino que supone otros elementos, como el reconocimiento ya sea voluntario o forzoso para que esa relación jurídica entre el progenitor y el hijo sea una situación que se manifieste a través de derechos y obligaciones, durante toda la vida del progenitor y del hijo y que no va a desaparecer como ocurre en ciertos estados que se extinguen o se transforman dentro del mismo sujeto.

Podemos considerar que la filiación es un punto de partida para establecer los derechos y obligaciones que corresponden a los miembros que integran una familia, porque una vez conocida la filiación de una persona, ésta tiene derecho a llevar el nombre de su progenitor, puede exigir alimentos, está facultada para disfrutar de los derechos derivados de la patria potestad y es llamada a la sucesión hereditaria de sus progenitores.

3. FUENTES

El parentesco implica "La relación jurídica general y permanente que se establece entre los miembros de su familia por virtud del matrimonio, filiación y adopción, constituyendo el estado civil o familiar de las personas."¹⁸

Las relaciones jurídicas familiares se derivan de dos fenómenos biológicos; la unión de dos sexos mediante el matrimonio y la procreación a partir de la

¹⁷ CICU, Antonio. La Filiación, traducción de JIMENEZ ARNAU y SANTA CRUZ J., Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, España. 1930 P. 16

¹⁸ BANQUEIRO ROJAS Y BUEN ROSTRO, Rosalia, Derecho de Familia y sucesiones Colección Textos Universitarios Ed. Haria, México O.F. P. 18

filiación y de un hecho civil encaminado a suplir el fenómeno biológico de la procreación. Estos hechos originan las relaciones del parentesco, de ahí que el matrimonio, la filiación y la adopción constituyen las fuentes del parentesco en nuestra legislación.

De lo antes mencionado, así como lo determina el Código Civil vigente, se deducen tres tipos de parentesco: el consanguíneo, el de afinidad y el civil.

"Las tres formas de parentesco (por consanguinidad, por afinidad o por adopción), deben de estar declaradas y reconocidas por la ley, pues aún cuando podría pensarse que los vínculos derivados de la sangre los impone la naturaleza misma, también no es menos cierto que sólo en la medida que el derecho reconozca la existencia de esos vínculos consanguíneos habrá parentesco para los efectos de la ley."¹⁹

"En el parentesco de afinidad y en parentesco civil o por adopción, la ley es la que determina quienes son los sujetos vinculados por la relación parental y los actos jurídicos (el matrimonio o adopción) que producirán los efectos de derecho."²⁰

Parentesco consanguíneo.- "El parentesco consanguíneo es aquel vínculo jurídico que existe entre personas que descienden las unas de las otras o que reconocen un antecesor común."²¹

Parentesco por afinidad. Se define en el art. 294 del Código Civil para el Distrito Federal, de la siguiente manera: El parentesco por afinidad es el que se contrae por matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón.

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. P. 260

²⁰ *Ibidem* P.266

²¹ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS Op. Cit. P.103

Parentesco por adopción.- El que se establece entre adoptante y adoptado y sólo entre ellos. Por ejemplo: El menor que legalmente pasa a ser adoptado por un matrimonio, con lo que jurídicamente se suple el derecho biológico de la procreación.²²

Recordando que la segunda fuente del Derecho de Familia es la procreación; es decir, que una pareja, por unión sexual, tenga un hijo, hecho que genera un vínculo biológico y un vínculo jurídico, el vínculo recibe el nombre de paternidad cuando es visto desde el lado de los padres, la maternidad, queda involucrada en este concepto y de filiación cuando se enfoca desde el ángulo del hijo. La filiación crea el parentesco consanguíneo, de ahí que por paternidad y filiación jurídica debemos entender la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes.

a) PROCREACIÓN.- "El que se establece entre adoptante y adoptado el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o madre, tomando en cuenta el derecho a la maternidad o la paternidad como hecho jurídico."²³

La filiación constituye un estado de derecho; en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento van a constituir hechos jurídicos.

Rafael Rojina Villegas, señala que es necesario hacer la distinción del hecho jurídico de la procreación y el estado jurídico de la filiación, ya que en el primero, el derecho toma en cuenta la paternidad o la maternidad, es decir, el vínculo consanguíneo que une al hijo con el padre o la madre. En cambio, en el estado jurídico de la filiación se puede partir de este hecho biológico que crea el vínculo de consanguinidad, pero además interviene una situación reconocida por

²² BANQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Op .Cit.P. 19

²³ DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM Tomo I, 1982, PP103 y 104

el derecho, que no necesariamente corresponde a la procreación, como ocurre en el reconocimiento del hijo, aún cuando no haya vínculo consanguíneo, o en la filiación adoptiva, en donde expresamente la ley da al adoptado el estado jurídico de hijo, con todos sus derechos y obligaciones, partiendo de que no existe el hecho biológico de la procreación y por consiguiente el vínculo de consanguinidad.

Cuando la filiación se funda en la procreación misma, a su vez tenemos que distinguir el simple hecho como fenómeno aislado que el derecho toma en cuenta y la situación permanente que se desprenderá si el hijo tiene dentro de la familia del padre o la madre, la calidad del hijo a través del nombre, del trato o de la fama. Estos últimos hechos combinados van a constituir el estado jurídico aislado de la procreación, como el estado jurídico que ya tiene un contenido social, familiar y humano a través de las formas de conductas que constantemente se realizan para que no sólo exista el vínculo consanguíneo, sino el vínculo jurídico social que sólo se constituye en una situación permanente que el derecho reconoce.

b) ADOPCIÓN.- La adopción constituye la tercer fuente del parentesco, ya que tiene por objeto establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo jurídico. Establecer un parentesco civil entre adoptante y adoptado, donde no existe vínculo biológico. Se emita a la filiación de sangre, de ahí que se hable de hijos y padres adoptivos.

"La adopción es un acto de naturaleza jurídica que sólo puede llevarse a cabo ante el Juez de lo familiar, quien decretará la adopción cuando se haya cumplido con los requisitos legales establecidos para tal efecto".²⁴

²⁴ BANQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Op. Cit. P. 219

Ignacio Galindo Garfias señala que: "por la adopción una persona mayor de 25 años, por propia declaración de voluntad y previa a la aprobación judicial, crea un vínculo de filiación con un menor de edad o un incapacitado".²⁵

En nuestro derecho, la adopción es un acto jurídico bilateral que requiere de la voluntad del adoptante y de los representantes del adoptado, así como la del órgano judicial.

Para la validez de la adopción se necesita el consentimiento de quienes ejerzan la patria potestad; el tutor a falta de los anteriores; de los que hayan cuidado al adoptado los últimos seis meses, incluyendo a los directores de las casa de cuna u orfanatos, quienes son tutores legítimos; y del Ministerio Público a falta de los anteriores.

De los conceptos anteriores y de las disposiciones que contiene nuestro Código Civil para el Distrito Federal sobre adopción, podemos señalar que esta institución ha sido creada fundamentalmente con fines de protección tanto para los menores de edad no emancipados que no tienen padres, como para los mayores de edad incapacitados.

Sara Montero menciona que el acto jurídico de la adopción presenta diversos caracteres:

a) Es un acto solemne, porque sólo se perfecciona a través de la forma procesal que señala el Código de Procedimientos Civiles tal como lo dispone el art. 399 del Código Civil. Es oportuno señalar que hay otras definiciones de lo que es acto solemne es: "El acto o documento que es auténtico y está revestido de todas las formalidades establecidas por las leyes para tenerlo válido".

²⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, Ed. Porrúa, México 1976, P. 210

b) Es un acto plurilateral, porque intervienen más de dos voluntades: la del adoptante, la de los representantes legales del adoptado y la de la autoridad, cuando menos. En otras ocasiones se requiere la voluntad del propio adoptado, la de las personas que lo hayan acogido aunque no sean sus representantes legales y en su caso la del Ministerio Público.

c) Es un acto constitutivo porque hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado y da lugar también a la patria potestad entre los mismos como derivación del lazo de filiación.

d) Es un acto mixto porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del Estado.

f) Eventualmente es un acto extintivo. Cuando el adoptado estaba sujeto a la patria potestad de sus ascendientes que consienten en darlo en adopción, se extingue para ellos la patria potestad, aunque no se extinguen los lazos de parentesco en la adopción simple como la regula nuestro derecho.

g) De efectos privados, como institución de derecho de familia, produce sus consecuencias entre particulares. (adoptante y adoptado).

h) De interés público. Como institución la adopción es un instrumento legal de protección de los menores e incapacitados, tal y como lo dispone el artículo 390 del ordenamiento citado.

Fines de la adopción. Los fines de la adopción son:

I.- El crear entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación

II.- El crear entre dos personas la patria potestad, para proteger a la persona y bienes del adoptado.

III.- Suplir la falta de familia legítima.

IV.- El proporcionar al adoptado un mejor medio de vida.

V.- El crear entre dos persona un parentesco civil.

4.- CLASES DE FILIACIÓN

En nuestro derecho civil vigente, la filiación, se clasifica en matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

Cada una se establece o se constituye de diferente manera, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, los derechos y las obligaciones que se adquieren, son idénticos; en nuestra legislación no establece diferencias entre los hijos con respecto a su origen.

La filiación matrimonial y la filiación extramatrimonial se consideran básicas, la filiación adoptiva no se considera básica, en virtud de que no proviene del parentesco, sino de un acto jurídico - adopción.²⁶

En seguida pasaremos a analizar cada una de las clases de filiación, que hemos señalado.

A) FILIACIÓN MATRIMONIAL.- "Cuando proviene de una pareja casada y cuya concepción tuvo lugar durante el tiempo que existió el estado matrimonial."

Filiación matrimonial, "es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres, es decir, que se entiende que un hijo es legítimo cuando ha sido engendrado por un hombre y una mujer casados válidamente."²⁷

Siguiendo las opiniones de Sara Montero, Mateos Alarcón y Julián Guitrón Fuente Villa, anotamos que son causas constitutivas de la filiación matrimonial las siguientes:

²⁶ MONTERO DUHALT, Sara. Op. Cit. P. 267

²⁷ BANQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalia. Op. Cit. P. 179

El matrimonio, la maternidad de la mujer, la paternidad del marido y la concepción del hijo durante el matrimonio.

Los hijos nacidos de matrimonio, conforme a nuestro Código Civil vigente, tienen ese carácter, tanto los procreados como los cónyuges durante el matrimonio como los concebidos antes de la celebración del matrimonio. Pero el requisito es que se apeguen a ciertas reglas.

El Código Civil, en su artículo 324 establece los requisitos para que un hijo sea de matrimonio, y que dice:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte de marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Los plazos establecidos en la ley, de ciento ochenta días y trescientos días corresponden a los que el legislador entendió como mínimo y máximo para la concepción, el embarazo y el alumbramiento. Esta determinación no es arbitraria, pues seis meses parece ser el tiempo menor por el que puede prolongarse la gestación y así mismo, diez meses el máximo. Es decir, que la ley es tolerante y esto se debe a la intervención por parte del legislador para asegurar la certeza de la filiación matrimonial.

Del ordenamiento citado se deben señalar los requisitos para que se considere un hijo como nacido dentro del matrimonio y que son:

a) El hijo tiene que haber nacido de una mujer casada, después de haber contraído el matrimonio, pero no es necesario que haya nacido durante el

matrimonio, sino dentro de ciertos límites. Pudo haber nacido después de disuelto el matrimonio.

b) El hijo debe haber sido concebido antes del matrimonio o durante el mismo, pero no puede haber sido concebido después de disuelto el matrimonio.

c) El varón tuvo que haber cohabitado con la mujer durante el tiempo de la concepción, siendo indiferente que esto haya ocurrido antes del matrimonio o durante el mismo.

Pareciera una consecuencia lógica el afirmar que quienes no reúnen los requisitos antes señalados tienen el carácter de hijos nacidos fuera de matrimonio.

B) FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.- Es la relación paterno filial que proviene de una pareja en la que el padre y la madre no se encuentran casados.

Según Chávez Ascencio, es el "vínculo que une al hijo con sus progenitores que no se han unido en matrimonio."

Por su parte Edgar Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro, señalan que filiación extramatrimonial es el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

Los que dan origen a la filiación extramatrimonial o ilegítima son los hijos de la mujer soltera provenientes de una relación fuera de matrimonio.

Atendiendo a la situación de los progenitores, tradicionalmente se han reconocido diversos tipos de filiación extramatrimonial.

Se llamaba filiación natural, a aquella derivada de una unión en la que no existía el impedimento para que los progenitores pudieran contraer matrimonio.

Se llamaba filiación espuria, aquélla en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse y a su vez esta filiación se dividía en adulterina, incestuosa y sacrílega. Según si alguno de los progenitores estuviera casado, ambos fueran parientes o, que dentro de los sistemas de reconocimiento eclesiástico se estableciera la incapacidad de contraer matrimonio por celibato forzoso.

En el código civil vigente, se ha borrado hasta donde le fue posible al legislador, ésta clasificación que en sí misma resultó odiosa e incluso para quienes la toleraron en el campo de la doctrina o la jurisprudencia o para los legisladores que la admitieron, pues reconocieron que no debe mancharse la existencia de un ser humano desde su origen, para que la calidad de hijo incestuoso o adulterino lo perjudique toda su vida.

La filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por **RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO** este puede ser efectuado conjunta o separadamente por los padres y debe hacerse necesariamente por las formas establecidas por la ley: en la partida de nacimiento o acta especial de reconocimiento ante el Juez del Registro Civil o por confesión judicial y además anotar el hecho del reconocimiento al margen del acta de nacimiento.

RECONOCIMIENTO FORZOSO o que se establece por sentencia judicial a través de un juicio de investigación de paternidad y maternidad.

C) FILIACIÓN POR ADOPCIÓN.- Se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.

Rafael De Pina, sostiene que "La adopción es un acto jurídico que existe entre el adoptante, y el adoptado; es el vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas que resultan de la filiación" ²⁸

La adopción permite que muchos niños abandonados encuentren protección adecuada dentro de una familia honesta, siempre que el otorgamiento se realice con las debidas garantías legales. Se presenta como un consuelo para los matrimonios que no han tenido descendencia o que habiéndola alcanzado la perdieron. La paternidad frustrada haya en la adopción una fórmula humana para satisfacer sentimientos que merecen respeto y que benefician al adoptado.

Ahora bien, no estoy de acuerdo con la clasificación de la filiación, ya que a los hijos, no se les puede clasificar como si fueran objetos y menos estoy de acuerdo con algunos autores que denominan filiación legítima y filiación natural.

El hecho de decir legítima implica que la otra es ilegítima, es decir, que no es auténtica, verdadera, que no esta conforme a la ley, esto no es correcto, ya que un hijo no va dejar de ser verdadero o auténtico por no haber nacido dentro del matrimonio de sus padres, y tampoco es ilegal ya que no existe sanción por haber contraído matrimonio y tengan un hijo. Al hablar de filiación natural, implica que la otra es artificial y tampoco es correcto en razón de que ningún ser humano debe de ser tratado como instrumento; cada uno tiene su valor intrínseco.

Por lo que no debería de haber distinciones al hablar de filiación, debe ser regulada en forma general, es decir, filiación de hijos y no clasificarse dependiendo de la figura del matrimonio.

5.- CONSECUENCIAS JURÍDICAS: Sara Montero dice "La filiación es una forma de parentesco, el más cercano grado. Las consecuencias jurídicas

²⁸ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho Ed. Porrúa. México. 1976. P.54.

genéricas son las de todo parentesco, a saber: derecho-deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones, así como la configuración de ciertos delitos, atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares, mismas que son: derecho al nombre (padre e hijos llevan el mismo apellido), la patria potestad y ciertos delitos particulares como el infanticidio y el parricidio".²⁹

Considero que las consecuencias son diversas tal y como lo señala en el párrafo anterior Sara Montero; por nuestra parte agregamos que con la filiación nace una relación que debe ser respetada tanto por los padres como por el hijo, porque la ley contempla y sanciona su incumplimiento, desde el punto de vista civil se encuentran reglamentadas: la reciprocidad a recibir y dar alimentos, la patria potestad, la tutela, el parentesco, derecho al nombre, derecho a la sucesión legítima y obligaciones que nacen de actos ilícitos.

La materia penal regula conductas que tienen su origen en la filiación y el parentesco como es: el incesto, homicidio en razón de parentesco, lesiones, inhumación y exhumación, infanticidio, aborto, encubrimiento, violación, abandono de personas, reparación del daño, tal y como se establece en los siguientes artículos del código penal vigente en el Distrito Federal que me permito transcribir

REPARACIÓN DEL DAÑO

artículo 32.- Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29:

I. Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad.

VIOLACIÓN

artículo 266 bis.- Las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentarán hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

II. El delito fuere cometido por un ascendiente contra su descendiente, éste contra aquél, el hermano contra su colateral, el tutor contra su pupilo o por el padrastro o amasío

²⁹ MONTERO OUHALT, Sara op. Cit. P. 268

de la madre del ofendido en contra del hijastro. Además de la pena de prisión, el culpable perderá la patria potestad o la tutela, en los casos en que la ejerciere sobre la víctima.

INCESTO

artículo 272.- Se impondrá la pena de uno a seis años de prisión a los ascendientes que tengan relaciones sexuales con sus descendientes.

La pena aplicable a estos últimos será de seis meses a tres años de prisión.

Se aplicará esta misma sanción en caso de incesto entre hermanos.

INHUMACIÓN Y EXHUMACIÓN

Artículo 280.- Se impondrá prisión de tres días a dos años o de 30 a 90 días multa:

II. Al que oculte, destruya, o sin la licencia correspondiente sepulte el cadáver de una persona, siempre que la muerte haya sido a consecuencia de golpes, heridas u otras lesiones, si el reo sabía esta circunstancia. En este caso no se aplicará sanción a los ascendientes o descendientes, cónyuge o hermanos del responsable del homicidio.

LESIONES

artículo 295.- Al que ejerciendo la Patria Potestad o la tutela infliera lesiones a menores o pupilos bajo su guarda, el juez podrá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesiones, suspensión o privación en el ejercicio de aquellos derechos.

HOMICIDIO EN RAZÓN DE PARENTESCO

Artículo 323.- Al que prive de la vida a su ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, hermano, cónyuge, concubina, o concubinario, adoptante o adoptado, con conocimientos de esa relación se le impondrá prisión de diez a cuarenta años. Si faltare dicho conocimiento, se estará en la punibilidad prevista en el artículo 307, sin menoscabo de observar alguna circunstancia que agrave o atenúe la sanción a que se refieren los Capítulos II y III anteriores.

INFANTICIDIO

Artículo 327.- Se aplicarán de tres a cinco años de prisión a la madre que cometiere el infanticidio de su propio hijo, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- I. Que no tengan mala fama
- II. Que haya ocultado su embarazo;
- III. Que el nacimiento del infante haya sido oculto y no se hubiere inscrito en el registro civil; y
- IV. Que el infante no sea legítimo.

ABORTO

Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

ABANDONO DE PERSONAS

Artículo 336.- Al que sin motivo justificado abandone a sus hijos o a su cónyuge, sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia, se le aplicarán de un mes a cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa; privación de los derechos de familia, y pago, como reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente por el acusado

ROBO

Artículo 376.- En todo caso de robo, si el juez lo creyere justo, podrá suspender al delincuente de un mes a seis años, en los derechos de patria potestad, tutela, curatela, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concurso o quiebras, asesor y representante de ausentes, y en el ejercicio de cualquier profesión de las que exijan título.

ENCUBRIMIENTO

Artículo 400.- Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

- III. Oculte o favorezca el ocultamiento del responsable de un delito, los efectos, objetos o instrumentos del mismo o impida que se averigüe;
- IV. Requerido por las autoridades, no dé auxilio para la investigación de los delitos o para la persecución de los delincuentes; y no se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:
 - a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines.

De lo anterior se aprecia, que la filiación permite que ciertas conductas sean reguladas en la ley civil y penal.

De igual forma la inseminación produce consecuencias en la filiación porque la ley no regula adecuadamente este avance científico, y permite que la concepción y el nacimiento ya no sea de la forma en que esta actualmente regulado en el código civil, porque se puede tener un hijo sin tener relaciones sexuales y se puede ser madre sin tener parto natural, esto permite a su vez tener consecuencias graves como que los padres de un hijo producto de inseminación: en un momento dado nieguen estar obligados con dichos descendientes, argumentando que no es su hijo por no haber utilizado su esperma u óvulos o por utilizar los servicios de una madre subrogada, agregando a lo anterior, que en un futuro, es posible se den casos concretos de jóvenes que ignoren que su origen fue de inseminación artificial y que deseen contraer matrimonio con un medio hermano, desconociendo ambos que uno ó los dos fueron producto de inseminación artificial, porque actualmente no se lleva un control de donadores de esperma u óvulos, rompiendo así con las reglas de que entre medios hermanos la ley no permite el matrimonio y sobre todo establecer que derechos asisten a éstos hijos, engendrados con intervención de ayuda científica o por medios considerados no naturales, desde el momento de ser producto de su concepción a través de fertilización y posteriormente en su relación de derechos y obligaciones con sus padres.

CAPITULO SEGUNDO

LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

1. - LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN VIVO.

a) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

b) CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

c) CLASES DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

2.- LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

a) LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL.

b) CAUSAS POR LA QUE SE REALIZA LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

c) CLASIFICACIÓN DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

3.- REQUISITOS PARA EFECTUAR UNA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL.

1. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL EN VIVO.

Se llama inseminación artificial en vivo, cuando se realiza dentro del claustro materno.

La inseminación artificial es una técnica utilizada por la medicina para auxiliar a parejas estériles o infértiles que desean tener hijos y que por razón de algún impedimento natural no les es posible engendrarlos. Esta técnica no viene a sustituir la naturaleza del hombre sino facilitar y vencer algunas deficiencias que el cuerpo humano sufre.

Los trámites administrativos y burocráticos para la adopción de menores es otra razón por la cual las parejas han preferido la inseminación artificial, además de la posibilidad de poder tener una verdadera descendencia consanguínea, ya que algunas personas también temen de las enfermedades que los menores padezcan como sería el caso del SIDA y otras enfermedades transmisibles. La inseminación artificial busca condiciones óptimas para el desarrollo embrionario. Para la mayor comprensión de este tema, comenzaremos por examinar diversas definiciones.

A) LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HUMANA.-

"La palabra inseminación proviene del latín "inseminatum" Supino de inseminarse, que significa sembrar, también se dice que proviene del mismo idioma latín de las palabras "in" y "Semen" que es semilla."³⁰

De la cual se puede decir que inseminación, se refiere a la siembra de una semilla en sentido figurado para la obtención de un producto.

³⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Ed. Real Academia Española, Madrid, 1970, P.750

Se llama inseminación porque se realiza dentro del claustro materno.

En un concepto general se puede decir que "la inseminación, se refiere a la colocación del semen en la vagina o la matriz para producir el embarazo y al hablar de inseminación artificial debemos entenderlo como el procedimiento para hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera".³¹

"La inseminación artificial es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer".³²

"La inseminación artificial, previa extracción del semen, es introducido a la vagina en el cuello del útero (inseminación intra cervice) o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina).³³ También se opina que ha esta práctica se le debe denominar "procreación asistida" porque su finalidad es lograr asistir la fecundación cuando ésta no es posible por medios naturales como lo sería la relación sexual.³⁴

Lo que se busca es facilitar el encuentro de los espermatozoides con el óvulo y lograr que éste se fecunde. Este método se utiliza para incorporar el semen en el interior del canal femenino por medios distintos de la eyaculación intravaginal. Como no existe encuentro sexual (cópula - coito), es decir, no se da la eyaculación intravaginal, se dice que es una reproducción asexual.³⁵ Sin embargo, sin la necesidad de conjunción carnal, se da la unión de dos células germinales procedentes de un hombre y una mujer.³⁶

³¹ DICCIONARIO TERMINOLÓGICO DE LAS CIENCIAS MÉDICAS, Ed. Salud, México, P.750

³² SOTO DE LA MADRID Miguel Angel, Biogenética, Filiación y Delito (La Fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho), Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990, P.19

³³ ZANNONI, Eduardo, Derecho Civil, Derecho Familiar, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, T.II, P.469

³⁴ Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, Las nuevas formas de reproducción humana, Ed. Civitas S.A. Madrid, España, 1988, P.119.

³⁵ Cfr. GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio, Ed. Porrúa tercera edición, México 1990, PP.495 y 503.

³⁶ SOTO DE LA MADRID, Miguel Angel, Op.Cit. P.20

La inseminación como técnica de reproducción artificial permite que el semen pueda ser fecundado mucho tiempo después de su eyaculación por congelamiento, posteriormente es introducido en el canal vaginal, en el útero o las trompas de falopio durante el periodo fértil del ciclo ovárico de la mujer cuando es factible que se produzca la fecundación del óvulo maduro con miras a la concepción, éstas se realizan al margen de nuestra normatividad, aunque no pueden ser calificadas de ilícitas porque no van contra ningún precepto establecido, salvo, claro está, la maternidad subrogada, que más adelante explicaremos.

B) CAUSAS POR LAS QUE SE REALIZA LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Existen varias causas que dan origen al uso de este método como son: Físicas, Psíquicas o Involuntarias.

CAUSAS FÍSICAS:

Dentro de éstas causas destacan por su frecuencia dentro de las familias:

a) La esterilidad (en personas que se originó por un tratamiento químico o radioterapéutico ó por el abuso del alcohol, drogas, antecedentes de abortos, enfermedades venéreas, uso de dispositivos intra uterinos entre otros).

b) La falta de semen apropiado (en varones oligospermicos, es decir, hombres cuya cifra de espermatozoides es menor a la normal, o puede darse el caso de que un hombre padezca de Azoospermia, es decir que no produce espermatozoides, o por Hiperespermia, es decir, varones que tienen un alto porcentaje de espermatozoides superior al normal ciento veinte mil por centímetro cubico y no permiten la suficiente movilidad para procrear o puede darse el caso que el varón padezca de Necropermia, el cual consiste en la ausencia de todo elemento viril en el semen.

c) Existencia de malformaciones genitales, en sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual, es decir, impotencia en el hombre o vaginismo en la mujer, o por Fimosis que significa estrechez en el orificio del prepucio, lo cual impide la salida del glande, en la mujer puede ser por Estenosis que significa estrechez congénita o presión normal ejercida por vasos o tumores adyacentes sobre el aparato genito-urinario, concretamente sobre los órganos reproductores; por inhospitalidad cervical el cual consiste en la existencia de un medio ácido en cierta región de la vagina, que destruye cualquier espermatozoide que pase por ese conducto; o por Salpigloplasia, que consiste en ligar las trompas de la mujer para que el espermatozoide no pueda llegar al óvulo y viceversa.³⁷

CAUSAS PSÍQUICAS:

a) Eyaculación prematura, el cual consiste en que la eyaculación se realiza rápidamente, con el pene más o menos erecto, apenas realizada la intromisión, o cuando se manifiesta la excitación de la mujer.³⁸

b) Impotencia, por falta de erección por diversos problemas o desordenes psíquicos, que se pueden referir a inhibiciones psíquicas, se pueden curar con psicoterapia racional. La mujer frígida y el hombre Impotente son producto de una época enferma. La impotencia sólo puede ser una enfermedad social. Sólo puede ser comprendida como resultado de su tiempo y a través de su tiempo.³⁹

c) Frigidez, es la Incapacidad de la mujer para obtener placer normal en la relación sexual, la frigidez es sobre todo psicológica, quizá proceda de defectuosa

³⁷ Cfr. GARDENAS QUIROZ, Carlos, Algunas reflexiones acerca de la Inseminación artificial y fecundación extrauterina en el Derecho, No. 42, Lima, Perú, 1988, P. 12

³⁸ VERA HERNANDEZ, Julio Cesar, Inseminación Artificial en seres humanos, Incidencias Jurídicas, Foro de México 82, 88 artículos seriados 1980 P. 47

³⁹ HUTGER HASSCHE Kluter, Malformaciones Genitales de Intersexualidad, Ed. Científico Médica, Barcelona España, PP. 522 a 528

enseñanza durante la niñez, edad en la cual se presenta lo relativo al sexo como vergonzoso y perverso y estos antecedentes no pueden borrarse en el acto, ó puede ser por falta de preparación amorosa del marido.

d) Ninfomanía, el cual es el deseo violento e insaciable de entregarse la mujer a la cópula; o por hiperexcitación, que es la actividad sexual excesiva o podría ser por heteronomía que es el delirio sexual personalizado. Demencia precoz, locura alcohólica, histerismo etc.⁴⁰

CAUSAS INVOLUNTARIAS:

a) Estas consisten en la pérdida involuntaria de órganos genitales por diversas circunstancias, ya sea por accidentes o por enfermedades como el cáncer en caso de operaciones de la próstata o en la mujer por extracción de la matriz ó podría ser por enfermedades hereditarias que hagan imposible la descendencia en uno de los cónyuges; además en la actualidad con las operaciones mediante las cuales se cambia el sexo de los hombres y las mujeres, en un momento dado también podría una persona que lo cambio llegar a ser sujeto de una inseminación artificial.

b) Incompatibilidad de RH. o si el Marido es portador de anomalías cromosómicas transferibles, aunque fuese fértil, mediante el estudio de histocompatibilidad y las pruebas de compatibilidad inmunogénica,⁴¹

C) CLASES DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial se presenta como homóloga y heteróloga. La distinción se ha realizado suponiendo que la mujer sea casada, de modo que el

⁴⁰ DR. RODRIGUEZ, Gustavo, Manual de Medicina Legal, 2a. Edición, México, 1956, P. 55

⁴¹ Cfr. VERRUNO HASS, Manuel, Manual para la investigación de la filiación Ed. Abeledo, Parrot, Buenos Aires, Argentina P.14

semen que se le inocule puede ser de su marido o de un tercero, también llamado donante.

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HOMOLOGA

Esta inseminación artificial con semen del marido que es introducido en el útero de la esposa se practica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia del hombre o vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o de metabolismo, secreciones vaginales que por neutralizar los espermatozoides aconsejan la inseminación intracervical (es introducido a la vagina en el cuello del útero) o por la intrauterina (directamente en el interior de útero).

INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETEROLOGA.

"Es la inseminación artificial con semen de un donante y se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril-azoospermico o necrospérmico y también en casos de incompatibilidad del factor RH; incluso si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles aunque fuese fértil.

En éstos casos se apela al semen fecundante de un tercero donante. A tal efecto se recurre a los denominados bancos de semen en los cuales se conserva fresco o congelado, y debidamente clasificado de acuerdo a las características físicas del donante-fenotipo (conjunto de caracteres heredados tales como color de la piel, grupos sanguíneos etc.). El esperma de donante es generalmente anónimo" ⁴²

⁴² ZANONNI, Eduardo Op. Cit. P.470

"Dentro de la misma inseminación heteróloga dada la presencia del elemento externo que es donado, existe la inseminación artificial combinada o mixta. En esta categoría se hace la mezcla de espermatozoides de dos o más personas, usualmente del marido o cónyuge de la mujer que va ser inseminada de uno o varios donantes."⁴³

"El objeto es de dar legalidad a esta práctica dado que habra la posibilidad a la pareja de la mujer de considerarse el padre del hijo, o suponer que tal vez lo sea".⁴⁴ La figura de donante es decisiva ya que al aplicar ésta modalidad se tuvo certeza de que los espermatozoides del marido no eran lo suficientemente fértiles; pero una vez combinados con los de un donador, se da la esperanza de la concepción con alguno de ellos.

El problema que surge con éstas prácticas en el caso psicológico; el hijo, estaría interesado en investigar si se entera de la heteroinseminación la identidad del padre genético. Las mujeres inseminadas lo han intentado cuando a veces se mezcla el semen de varios hombres o se procura por todos los medios el anonimato del donador.

"El principal objetivo es ofrecer a éste último la ilusión de que quizás uno de sus propios espermatozoides sea el que fertilice el huevo"⁴⁵

"La técnica consiste en la introducción de pequeñas cantidades de semen, 0.2 ml; mediante una cánula de plástico en el canal cervical o en la cavidad uterina, durante el periodo fértil de la mujer. Cuando se utiliza semen de donador

⁴³ Cfr. SOTO LA MADRID, Miguel Angel, Op. Cit. PP. 22,23

⁴⁴ Ibidem. P. 27

⁴⁵ HELLEIN, Susanne, Contribución al estudio de la inseminación artificial con espermatozoides del cónyuge, UNAM, México, 1991 P. 22

puede simplemente depositarse todo el eyaculado en el exocérvis y en el fondo del saco vaginal posterior"⁴⁶

2.- LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

a).- **LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL** es otro método de las técnicas de procreación asistida, requiere mayor costo que la inseminación artificial. En éste caso la inseminación se realiza afuera del claustro materno. Se extrae el óvulo de la mujer y se le baña con semen dentro de una bandeja de vidrio. La concepción del embrión ya no se realiza dentro de la mujer sino en el exterior con el uso de las probetas. Se trata de mejorar las condiciones de unión de los gametos como del desarrollo de los mismos en un ambiente no natural sino artificial.

La fecundación artificial in vitro o bebé probeta es una técnica mediante la cual se provoca el encuentro del óvulo de la madre fuera de su cuerpo, con el espermatozoides del padre.⁴⁷ Es la posibilidad de congelar embriones humanos sin que pierdan la esperanza de vida.⁴⁸

Se dice que la fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir con técnicas de laboratorio el proceso de fecundación del óvulo, que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que éste fenómeno se realice intracorpore.⁴⁹

La fecundación in vitro implica la remoción de óvulos femeninos el fertilizarlos fuera de cuerpo y después regresarlos a la matriz. Los niños que son

⁴⁶ ZARATE CANALES, MACGREGOR. Departamento de Ginecología, Endocrinología de Hospital de Gineco Obstetricia No. 1, Instituto Mexicano del Seguro Social, México, Facultad de Medicina, UNAM, La Prensa Médica Mexicana, México, 1990, P. 108

⁴⁷ FLORES GARCIA, Fernando, "La Inseminación artificial en el Derecho Civil Mexicano: Con un proyecto de legislación estatal", Ensayo para el aula de investigación jurídica Dr. Honoris Causa Abelardo, Nuevo León, México, 1999, P. 7

⁴⁸ VIDAL MARTINEZ, Jaime .Op. Cit. P. 155

⁴⁹ SOTO LA MADRID, Miguel Angel . Op. Cit. P. 33

concebidos bajo este acto in vitro, con el consentimiento del esposo de la madre o con quien vive maritalmente, adquiere el mismo estado de derecho que un hijo matrimonial, como si hubiera sido concebido naturalmente. En otras palabras, éste hombre será considerado como el padre legal del niño.

La fecundación in vitro es el procedimiento, más actual y complicado, mediante el cual el óvulo se fecunda en una probeta y posteriormente se transfiere al útero de la mujer.

"En primer lugar, la mujer se somete a tratamiento previo de estimulación hormonal para que produzca varios óvulos en vez de uno, como es lo normal, una vez que se ha conseguido éste objetivo se procede a la extracción de éstos óvulos mediante una pequeña intervención quirúrgica llamada laparoscopia, el cual consiste en una incisión a la altura del ombligo por donde se introduce un tubo dotado de un sistema óptico. Así el médico puede visualizar el aparato reproductor para extraer los óvulos. Unas seis u ocho horas mas tarde, se introduce el semen y se deja que permanezca en contacto durante unas dieciocho horas."⁵⁰

"Cuando se comprueba que ha existido fecundación, se mantiene el embrión o embriones dentro del tubo de ensayo, se recoge y mediante una sonda se deposita por vía vaginal en el útero de la futura madre. Normalmente, para que existan mayores posibilidades del éxito se introducen hasta cuatro embriones fecundados, los que puede dar origen a embarazos múltiples. Este método está recomendado fundamentalmente en aquellos casos en que la mujer con ovarios sanos tiene algún defecto en las trompas de falopio que impide que el óvulo y los espermatozoides se encuentren.

⁵⁰ Anónimo. "La fertilización artificial" Padres e hijos, Octubre de 1967 No. 10 Año 8 P. 12

Ahora, de estos dos métodos: IA(Inseminación artificial) y FIV (fecundación in vitro), ha surgido un nuevo método denominado GIFT (que significa regalo) el cual "en principio utiliza el mismo procedimiento de la fecundación in vitro, sigue el mismo proceso para la extracción de estos óvulos mediante una pequeña operación con anestesia local. Los óvulos se introducen, en una probeta junto con el espermatozoides del marido, para depositar la mezcla posteriormente en las trompas de falopio y que se produzca ahí la fecundación. Este método fue desarrollado en 1984 por Dr. Ricardo Asch, en San Antonio Texas, en 1985 fue puesto en práctica por el profesor Hepp en la clínica de la Universidad de Munich (Alemania Federal) donde se producen desde esa fecha unos dos mil nacimientos al año."⁵¹

La principal función de la fertilización in vitro es permitir la paternidad a parejas estériles que tengan problemas en los primeros pasos de la fecundación.

Carmen García Mendieta, respecto a la fecundación in vitro nos dice: "las soluciones legales respecto a la filiación, son las mismas que para la inseminación artificial. El hecho de que la fecundación se realice en el vientre materno o fuera de él no cambia nada para la ley, por lo que al hijo respecta. Si se trata de fecundación con gametos proporcionados por la pareja, el hijo resultante será el hijo del matrimonio."⁵²

Podemos deducir de lo anterior que en nuestro país no habría una oposición para este método de fertilización al no atentar contra la sociedad, la moral y las buenas costumbres, además porque el nuevo ser nacido por este moderno método sería reconocido por ambos padres y tendría todos los derechos y obligaciones para con sus progenitores. Cosa que no se da en otros países, concretamente en Australia, donde la ley no les brinda una adecuada protección al niño y a los padres que utilizan este método de procreación y no acierta a

⁵¹ *Ibidem*. P. 13

⁵² GARCIA MENDIETA, Carmen, Fertilización Extracorporea-Aspectos legales. Ciencia y Desarrollo Año 11 No. 65 (nov-dic 1988)

definir satisfactoriamente, la relación entre los principales participantes en el programa bebé - probeta, esto es, los médicos, los futuros padres y el futuro bebé.

El 10 de agosto de 1981, una editorial en el periódico de Melbourne, Australia, expuso: "la liebre y la tortuga, la ciencia y la ley participan en una permanente y desigual carrera. Mientras la ciencia se mueve a deslumbrantes brincos y piruetas, entrelazando admiración y milagros, la ley avanza reposadamente detrás recogiendo el polvo. En algunas veces muy lento y laborioso trabajo". Y continúa el profesor: "muchos aspectos del programa bebé probeta requieren con urgencia una clarificación legal. Se estima que el 10 y el 15% del total de parejas casadas son incapaces de tener hijos."

B) CAUSAS POR LA QUE SE REALIZA LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL

Se realiza la fecundación in vitro cuando las mujeres presentan los siguientes problemas:

1.- Obstrucción de las trompas de falopio (pero con la ovulación y la capacidad de gestar).

2.- Trastornos en la ovulación, no susceptibles de corrección alguna (la solución es obtener la donación de un óvulo o de un embrión residual de otra pareja).

3.- Lesiones en el cuello del útero y alteraciones en el moco cervical (por la patología del endometrio, malformaciones uterinas, la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobre llevar la gestación), en éstos casos se recurre al arrendamiento de un útero.⁵³

4.- Oligospermia del marido (reducido número de espermatozoides).

⁵³ MENDIETA GARCIA, Carmen Op. Cit. P. 34,42,43

5.- Esterilidad de origen mixto (rechazo de las células germinales de un miembro de la pareja por otra).

Cuando a los problemas de esterilidad (incapacidad para crear gametos) e infertilidad (incapacidad para concebir, es decir para retener el embrión en la matriz) se dan en la mujer, a ella le corresponde una doble responsabilidad: la de producir gametos propios (acercarlos al lugar del encuentro con el espermatozoide) y realizar el proceso de gestación desde la fecundación al parto.⁵⁴

6.- De tipo ideopático (por causas desconocidas).⁵⁵

Esta fecundación in vitro como ya mencioné anteriormente suele practicarse en los casos de obstrucción de la trompas (obstrucción tubárica) que no permite el encuentro del óvulo con el espermatozoide, durante el coito, en cuyo caso se procede previa superovulación provocada a la mujer, y la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero.

La extracción de los óvulos se obtiene mediante la utilización del laparoscopio (método de punción folicular para aspirar óvulos, evitando la cirugía), obtenidos los óvulos y fecundados, se trasladan al útero un cierto número de embriones (dos, tres o cuatro a lo sumo), cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación.

Existen innumerables antecedentes de los diversos tipos de fertilización, destacando algunos casos que me he permitido transcribir:

⁵⁴ *Ibidem*, PP. 34, 42, 43

⁵⁵ Cf. GARDENAS, QUIROZ, *Carles Op. Cit.* P. 10

En 1984, se registra el primer nacimiento de un bebé proveniente de un embrión que había permanecido congelado durante dos meses. También en 1984 se conoció la noticia de un matrimonio chileno, que habiendo fallecido ambos en un accidente aéreo, eran los padres de embriones propios que se hallaban congelados en un laboratorio australiano.

Pareciera de tal modo que, las técnicas de fertilización in vitro, dado el modo que operan, provocan la existencia de bancos de embriones, que, mediante congelamiento, pueden ser utilizados por parejas que están imposibilitadas de obtener el embrión propio.

Gutiérrez y González en su obra El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derecho de la personalidad y Derecho Sucesorio, nos relata que en la ciudad de México en el periódico Excélsior de fecha 7 de abril de 1966 pág. 12-A se publicó:

"El bioquímico doctor SS Berthmann de la Universidad de Michigan, E.U.A. informó que veintinueve señoras han quedado encinta gracias a la fecundación con producto que estuvo congelado hasta dos años y medio".

Este fue el primer paso para la fecundación "in vitro" pues fue posible extraer el semen y conservarlo vivo en el laboratorio.

Posteriormente relata el maestro, otra nota periodística del periódico Excélsior de fecha 13 de enero de 1961, primera sección, primera plana, que se publicó:

"Logran los sabios italianos, la fecundación fuera del cuerpo humano. Roma 12 de enero (AFP). La fecundación fuera del cuerpo humano fue lograda por primera vez en el mundo por los sabios de Bolonia, quienes consiguieron que el espermatozoide masculino y óvulo femenino se fecundaran, en un laboratorio,

durante veintinueve días, el anuncio de esa excepcional experiencia se hace hoy con grandes titulares en el diario "Pease Cera" la experiencia repetida cuarenta veces con buen éxito, se efectuó al cabo de cuatro años de estudio bajo la dirección del Profesor Danile Petrucchi y con la colaboración de Rafaele y la de Paulio. Diversas fases del proceso de fecundación fueron controladas con el microscopio y filmadas a colores y blanco y negro.

El profesor Petrucchi y sus colaboradores consiguieron extraer el óvulo femenino, fecundario y mantenerlo activo, gracias a una intervención muy delicada que se llevó a cabo según técnica especial.⁵⁶

Posteriormente el 16 de julio de 1974, se publicó en el periódico "la Prensa" en esta ciudad de México: "En Europs han procreado tres niños en probeta, el profesor Douglas Bevis de Obstetricia y Ginecología de la Universidad de Leeds, dijo que tres criaturas originadas en tubo de ensayo habían nacido en Gran Bretaña y dos en Europs, la técnica comprendía la toma de los óvulos femeninos y su colocación en un caldo de cultivo con espermias por un periodo de siete a diez días para dar lugar a la fertilización y después se le devolvía al vientre materno".⁵⁷

En el periódico Últimas Noticias del Distrito Federal de fecha 26 de julio de 1978, publicó: "No pudo sino creer en Dios el padre de la niña probeta", lo anterior fue informado en diario Daily Mail, de Oldham, Inglaterra que pagó seiscientos mil dólares por derechos exclusivos de la nota periodística.⁵⁸

En la revista Selecciones Reader's Digest de esta ciudad capital, de fecha 26 de julio de 1978 se publicó: "Una fábrica de bebés probeta", Howard y Georgeanna Jones, catedráticos de Ginecología y Obstetricia del este de Virginia, en Norfolk (Estados Unidos) informaron que en Lancashire (Inglaterra) nació el

por⁵⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Op. Cit. P. 637

⁵⁷ PERIODICO LA PRENSA, 16 de julio de 1974 Por Mario Santolita

⁵⁸ PERIODICO ULTIMAS NOTICIAS 26 de julio de 1979 Por Ignacio Rios Hernandez

primer bebé de probeta. El programa, conocido como procreación vital de embarazo, sólo acepta parejas estables, legalmente casadas y que vivan juntas. No se permitirán padres ni madres extraconyugales. El óvulo de la mujer sería fertilizado únicamente con los espermatozoides de su marido y luego devolverlo a su cuerpo, reimplantarían en el cuerpo de la mujer todos los óvulos de la mujer sin desechar uno sólo. En el programa participaría exclusivamente mujeres menores de 35 años de edad y que fueran incapaces de concebir por alteraciones irreparables de las trompas de falopio. Deberían tener por lo menos un ovario sano, útero normal y periodos menstruales regulares.

Poco después se aprobó que aquellas mujeres cuyos cónyuges padecieran de Oligospermia (escasez de espermatozoides para lograr la concepción normal), podrían también ser seleccionadas.⁵⁹

En fecha 3 de julio de 1983, en la página 4-A del periódico Excelsior de la ciudad de México, salió publicado "bebés de probeta; filosofía de valores, los hacedores de seres vivos": Las posibilidades que abren los avances científicos sobre el control de la reproducción humana en laboratorio, al congelar indefinidamente los frutos y la manipulación de patrimonio de la herencia de la especie, ponen en tela de juicio una filosofía de valores de la cual occidente ha hecho la fuente del derecho y la ética.

En los últimos meses se han presentado casos que han golpeado de manera brutal, el origen de la misma vida, su definición; la procreación, la transmisión de los rasgos hereditarios. Esta serie de artículos ofrecerá ejemplos de la vida jurídica y de la incertidumbre ética en la que se desarrollan, universalmente, industrias médicas y científicas que tiene relación con la procreación.⁶⁰

⁵⁹ SELECCIONES DE READER'S DIGEST, 1981, T.LXXXI, No. 483, Febrero Por Walter Ross

⁶⁰ PERIÓDICO EXCELSIOR 3 de julio de 1983 P. 4-A Por García Treviño

En el periódico Universal que se publica en el Distrito Federal, salió un desplegado informando: "Nacieron los primeros niños por inseminación artificial en China."

La agencia oficial de noticias Xinhua, China, anunció que en la provincia de Hunan nacieron los primeros niños por medio de la inseminación artificial y que ambos se hayan bien.

Los experimentos, los primeros de éste tipo, fueron realizados en el colegio médico de Hunan a petición de los progenitores de los niños, ya que los hombres eran estériles. El semen fue congelado en nitrógeno líquido a 196 grados centígrados bajo cero y luego fue descongelado e implantado exitosamente en las madres, señaló la agencia.

En 1987 en el diario la Prensa, de esta localidad de fecha 4 de agosto, se publicó:

"Nace la primera niña de probeta de América Latina, en México."

El Dr. Victor Ruiz de Velasco, quien inició en México la fecundación de mujeres estériles indicó que por primera vez en toda América Latina, en México nace el primer producto in vitro o conocido también como niño de probeta. El procedimiento para lograr la fecundación in vitro, se desarrollo mediante la técnica de laboratorio, es decir, "Se extrae el óvulo de la mujer y los espermatozoides del hombre y se fecunda en laboratorio, posteriormente el óvulo ya fecundado se deposita en la matriz de la mujer y el periodo del embarazo es normal."⁶¹

En el mismo año, en la Revista Impacto de esta urbe de fecha 9 de abril se publicó "El caso de Baby M."

⁶¹ PERIODICO LA PRENSA 4 de agosto de 1987 Director Mario Santaella

"El doctor William Stern, anunció que por causa de una enfermedad su mujer no puede procrear hijos y que la pareja quiere a toda costa tener uno. El Dr. Stern firma entonces un contrato con la señora Mary Beth Whitehead, quien por el pago de diez mil dólares aceptó ser inseminada artificialmente con el esperma del Dr. Stern y entregarle el niño tan pronto naciera. Pero la madre cambió al parecer, al nacer la niña la Sra. Mary Beth se arrepintió devolvió el dinero y avisó que renunciaba al contrato firmado, porque no puede entregar el fruto de su vientre. Los Stern contestaron con una demanda judicial y su desenlace sentará, seguramente un caso legal para los casos similares."⁶²

En el periódico el Universal de esta metrópoli de fecha 19 de marzo del mismo año, salió un desplegado informando "Están programadas siete mujeres como receptoras de un embrión : Armando Valle."

A pesar de la oposición de credos y religiones, el ISSSTE ya está en posibilidades de producir niños de probeta, afirmó el Dr. Armando Valle González, a sostener que si los programas de la reproducción humana no sufren alteraciones pronto habrá "hijos de tubo de ensayo", anunció que de éstas siete mujeres hay miles de mexicanas que no pueden concebir por el medio de inseminación artificial.

Para ellas, añadió: los esfuerzos de la ciencia no son antihumanos, como los consideran quienes no lo necesitan; la investigación en el ISSSTE es sólo eso y no un desacato a cualquier otro tipo de ordenamientos de índole política o religiosa.⁶³

⁶² Por J. MONDLAK G. REVISTA IMPACTO 9 de abril de 1987. P. 44 México D.F.

⁶³ PERIÓDICO EL UNIVERSAL, 19 DE MARZO DE 1987, PP.21,24,2ª parte Por Mario Peralta

En la gaceta UNAM del 10 de abril de 1989 se publicó: "inseminación artificial: controversia, ética y jurídica". La fecundación in vitro exitosa en 20 % de los casos. Sin legislación adecuada, es imposible determinar la maternidad.

Cuando el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, E.U., declaró nulo e inexistente "un contrato de maternidad subrogada", en el renombrado caso de Baby M; por ser contrario a la legislación pública estatal, surgió una controversia de carácter ético y jurídico en virtud de que no exista una definición sobre el derecho a la procreación, abarca además de la sexualidad, las técnicas de "reproducción asistida", como fertilización in vitro, y si es válido o inválido el pago de dinero y la renuncia de derechos maternos filiales por parte de la madre sustituta.

El Consejo Europeo de Investigación sobre fertilización y embriología humana recomendó en 1987, que los contratos de maternidad sustituta se consideren nulos e inexistentes, aunque reconoció la posible existencia de los casos excepcionales en los cuales admitiría dicho convenio, la excepción podría efectuarse cuando una madre haya hecho los arreglos para una fertilización in vitro, pero resulte no apta para el reimplante del embrión. En éste caso, la madre sustituta es la única posibilidad de salvar la vida del embrión y, por lo tanto procedería el implante en otra mujer. Aún en éste caso, el consejo es de la opinión de que la madre sustituta no debe recibir paga o remuneración por sus servicios, y que, sobre todo, debe reconocérsele el derecho de retener a la criatura cuando nazca.

Hoy día, Suecia y España son los únicos países en los cuales ya existe una ley al respecto, y en otros como Inglaterra y Estados Unidos, las resoluciones de la Corte han sentado las bases para establecer una jurisprudencia al respecto.

Aunque en México, aún no ha proliferado éste tipo de protección humana, José Luis Lechuga Martínez sostiene que es ineludible e impostergable que el legislador mexicano se dedique a estudiar el problema y, de manera "conciente y

decidida", elabore una ley que regule de manera adecuada las circunstancias que hasta ahora se han presentado sobre el particular.

Al participar recientemente en la primer Semana Internacional de Derecho Civil, efectuada en los auspicios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Lechuga Martínez, propuso una adición al título séptimo del libro primero del código civil vigente en el Distrito Federal, referente a la paternidad y filiación, para que un apartado se denomine "Maternidad Artificial"

Asimismo, sugirió reformar y adicionar diversos artículos del propio código civil que tienen relación y consecuencia con éstas disposiciones como son los artículos 147, 156 fracciones III y VIII, 303, 324, 337, 383, 340, 267 fracción II, 1314, 1334, 1335 y otros, así como los preceptos relativos a la Ley General de Salud.

El Dr. Ygal Halperin, jefe de la clínica de ginecología del Centro Médico Assaf Harofeh en Israel, consideró que en promedio existe un 20 % de posibilidades de éxito de ésta técnica de fertilización in vitro e incluso se podía determinar el sexo del bebé.

La facultad de medicina de la UNAM aclaró que cuando el donante es el propio marido y éste presenta deficiencia en la producción de semen, un fluido seminal demasiado ácido para los espermatozoides, o bien, carece de energía suficiente de sus células reproductoras para lograr la travesía que se requiere en una fecundación normal, entonces las posibilidades de éxito se reducen al 5 % en la inseminación artificial.⁶⁴

⁶⁴ GACETA UNAM 10 de abril 1988, UNAM, PP 18, 19, 20, 21 Por Ricardo Hernández M.

La Revista "Quehacer Político" de publicación semanal de esta ciudad publicó: "la arquitectura genética permitirá elegir el color de piel; el ser humano será fabricado en laboratorios."

Supermercados genéticos, para llamarlos de algún modo proveerán minuciosos catálogos donde, con lujo de detalles, ofrecerán a las parejas, puedan o no tener hijos modelos, de este modo que las parejas sin hijos no sólo podrán tenerlos, sino que podrán darse el lujo de elegir el sexo, la estatura, el color de pelo y de los ojos y hasta el coeficiente mental de su descendencia.

En la actualidad, los bancos de espermia comienzan a ser una rutinaria realidad y es de prever que en muy pocos años igual difusión alcanzarán los bancos de óvulos.

De ésta manera, la materia prima del hombre y de la mujer para la procreación estará al servicio de la inseminación artificial.

En la actualidad, la genética tiene detectados alrededor de dos mil defectos de origen hereditario entre ellos la calvicie prematura, el daltonismo, la diabetes, la epilepsia, distrofia muscular, diversas variantes de la demencia mental y el mongolismo.

Ante el creciente porcentaje de recién nacidos descerebrados y verdaderamente monstruosos, los genetistas no dudan: la única alternativa es acelerar la fabricación de seres humanos artificiales.⁶⁵

C) CLASIFICACION DE LA FECUNDACION IN VITRO

Tomando en cuenta las etapas en la que se realiza la fecundación, se le puede clasificar como ya se dijo anteriormente fecundación artificial en vivo y fecundación artificial in vitro.

⁶⁵ de RAUL CABALLERO SPADA, Revista Que hacer Político, Editorial Que hacer Político S.A, México, D.F. PP. 35,36,37

Se llama fecundación en vivo cuando se realiza dentro del claustro materno.

Se llama fecundación in vitro cuando se lleva a cabo dentro de una probeta.

La fecundación es la transferencia de los gametos o bien la transferencia de los embriones al útero materno.

Se clasifica según sus aspectos biológicos del desarrollo y según los sujetos que intervienen.

Según los aspectos biológicos del desarrollo se clasifica en:

- a) transferencia de gametos
- b) transferencia de embriones
- c) transferencia de cigotos

a) Transferencia de gametos.

Gameto: "es la célula reproductora masculina o femenina, cuyo núcleo sólo contienen "N" cromosomas, las otras células del cuerpo sólo contienen dos "N" cromosomas."⁶⁶

En los Estados Unidos de Norte América se ha desarrollado un nuevo método de fertilización denominado G.I.F.T. ⁶⁷ (gamete intrafallopian transfert) o transferencia Intrafalopiana.⁶⁸ Este método consiste en la introducción de los

⁶⁶ NYHAM WILLIAM L. Y EDELSON, Edgar. El factor hereditario, los genes, los cromosomas. La familia y usted, Ed. Editores Asociados, S.A, México, D.F. 1978, P. 20 Citado por GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto Op. Cit. P. 643.

⁶⁷ Cfr. CARDENAS GUNROZ, Carlos, Op. Cit. P. 14

⁶⁸ Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, Jacqueline, "Les procréations assistées: état des questions" en revue trimestrielle de Droit Civil No. 3 Año 88 julio-septiembre, Paris 1987 P. 647

gametos en el interior de las trompas donde se producirá la fecundación, es decir, introducir los espermatozoides y el óvulo en las trompas de falopio, que en diferencia del sistema in vitro permite que la fertilización se efectúa en la propia trompa, facilitando su posterior implantación en el útero para lograr la fertilización y desarrollo y alumbramiento natural.

En el G.I.F.T. las muestras del semen serán tomadas por masturbación dos y media horas antes de la cirugía y la cantidad, movilidad, y tipo de progresión se establecerán de acuerdo a los criterios vigentes, ya realizada la preparación el semen incubado en Co2 al 5% a 37 grados centígrados hasta que sea transferido de inmediato. Una vez efectuada la aspiración folicular los ovocitos son colocados en medios de cultivo.

"Los gametos masculinos tienen ventaja de poder ser congelados y aún así conservar su poder fecundante durante años; por el contrario, los gametos femeninos no pueden ser congelados. Además su donación es de mayor dificultad, ya que en condiciones normales, la mujer produce uno sólo y ovula cada mes y no es posible obtenerlo por técnicas adecuadas."⁶⁹

a) Transferencia de embriones.

Es la fertilización de óvulos con espermatozoides en un medio artificial y la posterior transferencia al útero de los embriones obtenidos. Se presenta con mujeres infértiles o defectos en los órganos reproductores, pero que aún así pueden tener hijos; el procedimiento se realiza sin anestesia. Si la mujer solicitante es fértil, o las trompas de falopio están atrofiadas y aún tienen posibilidades de tener hijos, la pareja paga a una mujer fértil para que a cambio, ésta acepte ser inseminada con el semen del marido solicitante. Unos días después de la fertilización los médicos extraen el embrión y lo implantan en el

⁶⁹ ALEXANDER J.N. Ginecología y Obstetricia, Temas actuales, Y. Terapéuticos, 1a. Edición, Ed. Interamericana, V. IV, 1987 P. 514

útero de la mujer infertil ésta llevará el producto de la concepción en su vientre, los nueve meses de gestión, y al concluirlos el bebé que dé a luz será legalmente de la pareja solicitante.⁷⁰

En 1948 la Declaración de Derechos Humanos, que se estableció en Ginebra, determinó el derecho que le asiste a todo individuo de tener hijos.

Por ello durante la década de los ochentas particularmente en la segunda mitad se despertó un gran interés por la comprensión psicológica de los factores emocionales asociados. Al uso de éstos dos recursos de la tecnología médica antes descritos (transferencia de gametos y transferencia de embriones). Principalmente el interés se centra por las reacciones psicológicas durante y después de aplicar las técnicas así como de su éxito y fracaso.

La literatura médica aún reporta un bajo porcentaje de éxito en el empleo de ésta tecnología, sin embargo, con la sofisticación se espera elevar el porcentaje de éxitos dado el énfasis puesto en éstos novedosos recursos de abordaje de la esterilidad.

Es necesario mencionar que las pacientes sometidas a un programa de inseminación asistida, muestran características diferentes en la manifestación de sus estados emocionales que la paciente estéril en general, probablemente éstas diferencias tienen que ver con la larga evolución de su esterilidad, como lo reportan algunos estudiosos, las parejas encuestadas han tratado de conseguir su embarazo a lo largo de cinco años y medio aproximadamente en promedio, o bien han estado sometidas a diferentes procedimientos para tratar su esterilidad por un promedio de cuatro años y medio.

⁷⁰ Cfr. VENTORATUS LONGO, Kathryn. *Alternative Means Of Reproduction Virginia Legislation. Louisiana 1989 T. 1655*

Estudios realizados en Estados Unidos y Australia, con parejas sometidas de esta naturaleza se reportan la siguientes características demográficas: edades promedio de treinta y tres años para hombres como para mujeres, religión protestante, sin pérdidas de hijos, algunos autores reportan bajos porcentajes de niños que han sido adoptados.

Otro rubro que ha generado el interés de los investigadores, es que encontraron que el 48 % de la mujeres y el 15 % de los hombres que conformaban su muestra, reportaban su esterilidad como la experiencia más estresante de su vida comparándola con la pérdida de seres queridos, incluso el 63 % reportó su esterilidad igual o más estresante que el divorcio.⁷¹

c) Transferencia de cigotos

Cigoto: es la primera célula del nuevo organismo y resultante de la fusión entre óvulo y espermatozoide.

Es otro método denominado Z.I.F.T, (transferencia intratubárica de cigotos, que es la combinación de la fecundación in vitro y el G.I.F.T. donde los embriones se transfieren directamente a las trompas de falopio y no al útero en éste caso, los cigotos se colocan en el lugar donde se realiza la fecundación natural, recorren parte del tracto tubario lo que permite el crecimiento necesario antes de caer en la matriz y lograr su anidamiento.⁷²

Se implanta el embrión en el útero hasta alcanzar su desarrollo completo en el nacimiento. Es la posibilidad de concebir extrauterinamente, obtener el embrión para ser posteriormente implantado en condiciones biofisiológicas y permitir el

⁷¹ Cfr. Dr. RIO DE LA LOZA, Fernando, Sistematización clínica en el estudio de la pareja estéril No. 2.990, Hospital de Gineco-Obstetricia, P.P. 43, 44, 46.

⁷² BOTO LA MADRID, Miguel Angel, Op. Cit. PP 42.43

desarrollo fetal ulterior. Lo único artificial es el medio donde se realiza la fecundación.

Según los sujetos que intervienen:

Se da la misma situación que en la inseminación artificial. Se tiene la inseminación in vitro homóloga y la fecundación in vitro heteróloga.

FECUNDACION IN VITRO HOMOLOGA

Es la misma situación que en la inseminación artificial homóloga.

Se fecunda con el óvulo y útero de la esposa y semen del marido,⁷³ o cuando la fecundación practicada a la esposa es con semen de su esposo fallecido.

La única variante que se puede presentar es cuando el embrión va a ser implantado en el útero de otra mujer que no es ni la esposa ni la concubina a pesar de pertenecer el embrión a una pareja heterosexual. En este caso habría un elemento heterólogo.

El acto sueco de fertilización in vitro, es aprobada en parejas que están casadas o que viven permanentemente juntos y cuando se utilicen sus propias células, óvulos y espermias, y siempre y cuando ellos sean incapaces de tener hijos por los medios naturales.

Por ejemplo, si la mujer tiene las trompas de falopio bloqueadas, es imposible la concepción natural.

⁷³ Cfr. SOTO LA MADRID, Miguel Angel. Op. Cit. P. 41

La fertilización externa ayuda a los óvulos y espermias de las parejas a encontrarse. Cuando la FIV (Fertilización in vitro) se realiza en una relación de pareja, la pareja involucrada se considera como los padres biológicos del niño. La única diferencia entre éstos y otro tipo de padres, radica en el método por el cual su hijo es concebido.

Los padres biológicos también son los padres sociales del niño. La situación del niño en relación a sus padres y el resto de la comunidad es la misma, como si la concepción se hubiere realizado por los medios naturales.

Nos es correcto decir que existe alguna diferencia ética apreciable entre, fertilizar un óvulo fuera del cuerpo de la mujer con el espermia del esposo o de con quien vive maritalmente, y abrir la trompa de falopio a través de cirugía para que de éste modo, la concepción pueda ocurrir de forma natural.

En ambos casos se trata del esfuerzo realizado para ayudar a que, el óvulo de la mujer y el espermia del esposo entren en contacto.

La forma de fertilización in vitro debe de ser aceptada. No presenta ningún efecto adverso sobre el niño prospecto. Esta forma brinda a un número de parejas infértiles la oportunidad de ser padres.

Es cierto que todas las formas de fertilización externa someten a la pareja a un estrés mental, especialmente a la mujer, quien atraviesa varias etapas de tratamiento. Sin embargo, el tratamiento debe estar sujeto al consentimiento de ambas partes (hombre-mujer).

Deben de seleccionarse entre los óvulos extraídos y fertilizados, los más aptos para la implantación. Por ejemplo: si la evaluación revela que uno o más óvulos de alguna manera se encuentran defectuosos, estos no deben de utilizarse

para la implantación. La naturaleza misma desarrolla este tipo de discernimiento. Si un óvulo defectuoso es fertilizado, esto frecuentemente provoca un aborto espontáneo.

La fertilización in vitro sólo puede ser alternativa para que aquéllas parejas que están incapacitadas de concebir un hijo por los medios naturales.⁷⁴

FECUNDACION IN VITRO HETEROLOGA SIMPLE CON SEMEN DE MARIDO O CONCUBINO⁷⁵

En éste caso, la laguna que se crea en la fecundación in vitro heteróloga es sobre la figura materna. Se presenta la posibilidad en que el óvulo pueda pertenecer a una tercera persona o bien, que el óvulo sea implantado en el útero de otra mujer, sin pasar por alto la posibilidad que tanto el óvulo como el útero no pertenezcan a la misma persona y que la maternidad puede ser atribuida a otra.

"Entonces, se hace factible una maternidad dividida cuando una mujer aporta el óvulo y otra gesta al hijo"⁷⁶

Se presenta cuando el útero pertenece a una tercera persona pero el óvulo pertenece a la mujer que desea la maternidad, o bien, mujeres que deseen tener un hijo sin soportar el embarazo se hacen extraer el embrión a los pocos días para ser implantado en el útero de otra mujer. El hijo será engendrado en la mujer contratada pero la información genética será de quien aportó el embrión.

Si la gestación se ha llevado a cabo utilizando un óvulo de otra mujer, el parto ⁷⁷ determinará la maternidad legal, y paternidad por la presunción si la mujer

⁷⁴ ACTO SUECO DE FERTILIZACION IN VITRO. Ministerio de salud y asuntos sociales . PP 4,5.

⁷⁵ Cfr. VIDAL MARTINEZ JAIME. Op. Cit. P. 178

⁷⁶ Ibidem. P. 188

⁷⁷ MADRE DEBE SER LA QUE PAREE" Comentarios de Diaz del Corral y Diez Picazo en Vidal Martínez, Jaime, Op. Cit. P. 177

estaba casada, o por reconocimiento en caso contrario (art. 116 del código civil Español).⁷⁸

Puede también ser la mezcla del aspecto anterior pero en sentido inverso, es decir, con el óvulo de una tercera persona y para ser colocado en el útero de quien desea tener la maternidad. Se deposita el espermatozoides del futuro padre en el útero de la mujer que dona el óvulo y después, ya fecundado, se retira para posteriormente ser depositado en la receptora,⁷⁹ finalmente que tanto el óvulo como el útero pertenezcan a distintas mujeres y una dese ejercer la maternidad.

FECUNDACIÓN IN VITRO HETERÓLOGA COMPLEJA.

Presenta cuatro situaciones:

- 1.- Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo de la esposa y en el útero de ella.
- 2.- Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo de la esposa en el útero de otra mujer.
- 3.- Cuando la fecundación se realiza con el semen de un tercero y el óvulo que no es de la esposa pero implantación del embrión en el útero de ella.
- 4 La fecundación extrauterina de un óvulo de la esposa adecuadamente conservado con el semen del marido, practicada después del fallecimiento de aquella (el embrión es implantado en el útero de la mujer que no es la esposa).

Se tiene un total de nueve posibilidades de la fecundación in vitro donde será necesario reconocer tanto la maternidad como la paternidad o ambas respecto al hijo.

Se está hablando de las posibilidades del parentesco que pueden ser de tipo genético, biológico, social y jurídico.

⁷⁸ "MADRE DEBE SER LA QUE PAREE" Op. Cit. P. 179

⁷⁹ EN 1983 EN LA UNIVERSIDAD DE HARBOR, CALIFORNIA, EN LOS ESTADOS UNIDOS, Se anunció el primer trasplante humano de una mujer a otra, Cfr. SOTO LA MADRID, Miguel Angel, Op. Cit. P. 42

Siguiendo el acto sueco de la fertilización in vitro la donación de óvulo no ocurre en Suecia. Implica que un donador de óvulos como tercera parte debe de ser prohibida. Se cree que un número muy pequeño de mujeres es ayudado a través de la fertilización in vitro con donación del óvulo de otra mujer. Esto sobre todo se aplicaría a las mujeres que son incapaces de producir células, óvulo o que son portadoras genéticas de severas enfermedades hereditarias.

La fertilización in vitro con donación de óvulo de otra mujer puede en muchos aspectos ser comparada con la inseminación artificial a través de un donador, esta forma ya ha sido aceptada por diversas familias.

En ambos casos, una tercera parte externa contribuye con el 50% del material genético del niño. Esto puede ser discutido en vías de aceptar la donación de óvulo para la fertilización.⁸⁰

3.- REQUISITOS PARA EFECTUAR UNA INSEMINACION ARTIFICIAL

En Francia establecen ciertos requisitos para poder donar espermatozoides entre los cuales se encuentran:

- a) la gratitud de la donación.
- b) Límites de la donación de gametos.
- c) Antecedentes sanguíneos o clínicos del donador.
- d) El secreto de la donación.
- e) El consentimiento de la pareja.

a) La gratitud en la donación:

La donación con espermatozoides es un don de pareja a pareja, la gratitud es la regla porque permite respetar el principio en que el cuerpo humano está fuera del

⁸⁰ ACTO SUECO de fertilización In Vitro, Ministerio de Salud 1988

comercio. Establece que las fuerzas genéticas no pueden ser objeto de algún contrato (por lo que la donación excluye toda idea de ser remunerada). Es por ello que el sistema para obtener semen consiste en que los interesados deben persuadir a algunos amigos para que hagan una donación al banco de esperma y así evitar el riesgo de tener pocos donantes.⁸¹

En España se abonan pequeñas cantidades de dinero que podrían estimarse como la manera de compensar gastos, y que se justifican con el depósito que se hace para cubrir la crioconservación.⁸²

b) Límite de donación de espermias en un mismo donador:

En principio, los espermias de un mismo donador sólo pueden ser utilizados para cinco embarazos con el fin de evitar riesgos de consanguinidad, ya que un solo donador podría engendrar 156 hijos cada año. Se dió el caso de un médico residente de la Universidad de Georgetown E.E.U.U. que donó esperma para fecundar a treinta y tres mujeres en el Distrito de Columbia.

La sociedad Norteamericana de fertilidad fija un límite de quince hijos por donante en embarazos con alumbramiento exitoso en todo el estado; pero sólo se aceptan cinco donaciones de un mismo donador de esperma en una misma localidad pequeña. El objetivo es evitar posteriores relaciones consanguíneas, es decir, entre medios hermanos.

c) Historial clínico del donador:

Otro requisito de la gratitud de la donación, es que los donadores, no deben disimular u ocultar, cualesquiera que fueren, sus antecedentes. Los donadores

⁸¹ Cfr. WARNOK REPORT. Punto 427 EN BOZA, Beatriz "Los adelantos de la ciencia y la permeabilidad del derecho. Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida en Derecho No. 45, Dic. Lima, 1991 P. 25

⁸² Cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, Op. Cit. PP 128,130

deben ser casados y padres de familia para evitar los casos de donación de aquellos que desean sólo comprobar su fecundidad.

d) El secreto de la donación:

Actualmente se debate sobre la cuestión del secreto. Por un lado se piensa que para poder ayudar en la integración familiar de las personas que se someten a la inseminación artificial, lo más adecuado tanto para la pareja como para el menor, es desconocer cualquier dato sobre la persona que hizo la donación del material genético. Pero por otro lado, se considera que es muy importante para esa familia que se está integrando, tener conocimientos respecto al historial clínico del donador, pues de esta forma se podrían tomar decisiones y tener control médico de aquellas enfermedades que son hereditarias.

Se plantea que el secreto es una construcción que se aparta de la normativa vigente en relación con la protección de la intimidad de las personas.⁶³

En Suecia una ley de fecha 10. de marzo de 1985, decide que los donadores de espermias sean mencionados en los documentos administrativos para que los menores nacidos por éste método tengan acceso, si lo desean, a su mayoría de edad, con esto se pretende que cada uno conozca sus orígenes sin importar la rareza de los donadores o bien, que el reconocimiento del donador ayude a la medicina preventiva y permita cuidar y curar la predisposición a enfermedades del menor al nacer.

Los psicólogos que trabajan en Francia CECOS (Centros de estudio y conservación del esperma humano) consideran prudente no decir al hijo la verdadera identidad del donador; pero revelar progresivamente respuestas, sólo a

⁶³ Cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, Op. Cit. P.134

las preguntas que él haga para que ame a su padre social como si fuera su padre biológico.⁸⁴

e) El consentimiento de la pareja.

Son criterios sobre el reconocimiento y la impugnación de paternidad del hijo nacido mediante la inseminación artificial heteróloga. Por un lado existe la postura sobre la legitimidad del hijo que nace de la inseminación artificial dentro del matrimonio o concubinato, cuando éste existe; y por otro lado, la postura de la impugnación y no reconocimiento de ese hijo como legítimo cuando no hubo el previo consentimiento del hombre para que se realizara dicha práctica.

CECOS, (centros de estudio y conservación del esperma humano) considera que el consentimiento del padre es importante para llevar a cabo la inseminación. Exige que la pareja que desea ser inseminada sea casada porque en caso de desconocimiento de la paternidad, el marido puede hacerlo en el término de seis meses, mientras que el concubino puede declarar su desconocimiento durante diez años.⁸⁵

En Argentina, la única manera en que el marido puede ejercer acciones para desconocer la paternidad es cuando la inseminación heteróloga ha sido practicada sin su consentimiento aun cuando hubiera la posibilidad material de tener relaciones sexuales en el período legal de la concepción.

En el Derecho Español vigente, los hijos habidos por mujer casada se atribuyen en principio al marido. El marido puede impugnar la paternidad del hijo si se le atribuye uno que no le corresponde, como sería en el caso de la inseminación artificial con semen de donador, al igual que si hubiese sido fruto de un adulterio.⁸⁶

⁸⁴ Cfr. RUBELLIN DEVICHI, Jacqueline. Op. Cit. P. 462

⁸⁵ Ibidem P. 463

⁸⁶ Cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime, Op. Cit. P. 160

Vidal Martínez, considera que es necesario el consentimiento de la pareja de la mujer para poder atribuirle la paternidad legal del hijo habido por ella. Que el consentimiento que pudo haber prestado la pareja de la mujer, en favor de la inseminación no tiene a su juicio virtualidad para impedirle posteriormente impugnar su paternidad ficticia.⁸⁷ En el sentido de ser una paternidad que no existe y no se desea. En este supuesto, la pareja de la mujer se le podría exigir una indemnización, si con anterioridad consintió en asumirla.

Cuello Calón, dice⁸⁸ que debe existir represión penal si una mujer se insemina con semen de un donador y no hubo consentimiento del marido para ello, dado que se considera una ofensa al esposo o concubina a quien se le esta imponiendo una paternidad no verdadera.

"El principio de paternidad legitima implica, en estas circunstancias, sólo el hecho biológico o genético de la procreación dado que, en este caso, la voluntad procreacional del cónyuge está sometida a un hecho externo a él."⁸⁹ Y se entiende que: "la disociación deliberada entre la paternidad biológica y la legal no atiende a los intereses del hijo."⁹⁰

La idea principal es que, en la inseminación artificial heteróloga, el elemento fundamental en la pareja, sea el consentimiento, es decir, la voluntad mutua de la pareja para concebir un hijo por estos medios. De otro modo, traería como efecto el desconocimiento del hijo y en todo caso podría ser motivo para la disolución del matrimonio.

⁸⁷ *Ibidem.* PP 148, 150

⁸⁸ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Tres temas penales: El aborto criminal, el Problema de la Eutanasia, y el aspecto penal de la fecundación artificial.* Bosh, Barcelona 1955. P. 194,198

⁸⁹ Cfr. ZANNONI, Eduardo, *Op. Cit.* PP. 34,35

⁹⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Op. Cit.* P. 148

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS JURIDICOS DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

1.- IMPORTANCIA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN NUESTRA LEGISLACION.

2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS POR FALTA DE REGULACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

3.- PRESUNCION E IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD.

4.- FILIACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA.

5.- FILIACION POST MORTEM.

6.- FILIACION DEL HIJO POSTUMO EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

1.- IMPORTANCIA DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN NUESTRA SOCIEDAD.

Como hemos visto hasta ahora, el progreso de la ciencia en el campo de la fertilización, la inseminación artificial ha marcado para la sociedad un avance científico de gran importancia a nivel mundial al lograr la creación de seres humanos a través de procedimientos y nuevas técnicas; sin embargo, la misma sociedad empieza a sentir los efectos tan graves de los nuevos procedimientos de producción humana al encontrarse ante una situación jurídica no específica o tal vez todavía más grave, si pensamos que los seres humanos producto de la inseminación, se encuentran al margen del sistema jurídico que nos rige en nuestros días; para los legisladores es un compromiso social dar una respuesta legal a los derechos que adquiere el ser humano, producto de la inseminación, específicamente en el Derecho Familiar, en virtud de que es una rama del derecho que determina la situación de cada individuo a la filiación, derecho de alimentos, sucesión legítima, su situación de hijo como parte integrante de la familia, así como determinar quiénes son legalmente sus padres.

Lo importante de este punto a desarrollar, es determinar si el Derecho Familiar se está viendo seriamente afectado y en su caso, proceder a modificar o más bien, complementar el Derecho Familiar, a fin de que los individuos que recurran a la inseminación artificial se encuentren perfectamente protegidos por nuestras leyes.

Debemos partir de la base que actualmente en México, se está aplicando la inseminación artificial en casi la mayoría de los hospitales y centros de fertilidad y en algunos consultorios privados; cuestión que no es del conocimiento de toda la población, en virtud de que aún existe un ambiente de secreto en torno a los nuevos procedimientos de inseminación artificial; esto es sin duda por el estado legal tan cuestionable del método. Por tal razón coinciden que existe la necesidad

e importancia de cambiar las leyes de modo tal que, reconozca y acepte la inseminación artificial y como consecuencia otorgue al niño producto de estos procedimientos protección legal que lo convierta en miembro de la familia y heredero real.

Algunos tratadistas se manifiestan favorables a la aplicación de la inseminación artificial, pues lo consideran una técnica que permite la paternidad a parejas estériles. Ante esta perspectiva, ¿quién podría oponerse al desarrollo de tal técnica? ¿Qué argumentos podrían dar en su contra?. Desde luego debemos tomar en consideración que acerca de la temática podrían surgir infinidad de posiciones morales y religiosas, de si se acepta o no por la sociedad, la existencia y regulación de la Inseminación.

El Derecho como orden normativo de la conducta humana, se transforma dentro de una sociedad civilizada, atendiendo siempre al bien común. México es un país con ideas liberales habiendo logrado la separación entre la iglesia y el estado, por lo que no existe inconveniente para regular la inseminación artificial, pero siempre tomando en cuenta en su regulación el interés de la familia y de la sociedad.

Gutiérrez y González considera que quizá en la inseminación artificial pudiera encontrarse el futuro y la salvación de la humanidad, visto lo desastroso que puede resultar una guerra "atómica" por los efectos que ésta produciría en los sobrevivientes a la catástrofe universal.

En efecto, se encontró algunos años después del lanzamiento de los aviones de los Estados Unidos de América de dos bombas atómicas en las ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki, el 6 y 9 de agosto de 1945 respectivamente, que los sobrevivientes en virtud de las radiaciones recibidas con motivo de las explosiones atómicas, sufrieron grandes alteraciones en partículas

submicroscópicas de las células vivas donde radica los factores hereditarios y cuando engendraron o concibieron hijos, en múltiples casos éstos resultaron seres monstruosos a la actual apariencia humana.

En consecuencia, podría pensarse en obtener la fecundación en centros de incubación o acondicionamiento, pues en su libro Gutiérrez y González, expone que antes de una guerra atómica se obtendrían millones de óvulos y espermatozoides perfectos, que se conservarían en un estado de vida latente en cámaras especiales y se daría el desarrollo de un nuevo ser "Ante todas éstas situaciones, es de importancia regular la inseminación artificial y dar una solución jurídica adecuada a cualquier conflicto de éste tipo.

Si el estado estableciese una legislación al respecto, la inseminación artificial tomaría inmediatamente un carácter institucional, regido por el derecho público con servicio administrativo y así la doctrina mexicana con una clara visión futurista plantearía la dogmática jurídica de éste nuevo método de procreación; por ejemplo: desde el punto de vista de las obligaciones se ha estudiado la inseminación artificial en relación con el daño moral."⁹¹

2.- CONSECUENCIAS JURIDICAS POR FALTA DE REGULACION DE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Se han planteado diversos problemas jurídicos en diversas ramas del Derecho, muy especialmente en el Derecho Civil, en lo que respecta a la Familia, y dentro de ésta, sobre todo las normas que rigen a la filiación.

Debido a esto, en la mayoría de los países, cuando comenzaron a llegar a sus tribunales conflictos derivados de la heteroinseminación, su tendencia jurisprudencial fue la de considerar que había adulterio en la mujer.

⁹¹ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones, Quinta Edición Ed. Cajica, Puebla, 1974 P. 591.

Por tal motivo, me permito exponer algunas de las decisiones que se han planteado con motivo de la inseminación artificial siguiendo las exposiciones de Harry D. Krause, Fernando Flores G. y Carlos A. Lazcano.⁹²

Así por ejemplo, en el Tribunal Supremo de Ontario Canadá en el proceso Oxford vs Oxford, culpó de adulterio a una mujer inseminada artificialmente en Inglaterra, mientras su esposo residía en Toronto.

Se decidió la ilegitimidad del infante la persecución del dador, como cómplice, si fuese conocido.

En otro caso, el proceso Rusell vs Rusell; la justicia británica calificó de adulterio a la inseminación artificial por dador, debido a que el marido demandaba a su esposa el divorcio, basándose en el adulterio después de que ella dio a luz un hijo, alegando que era de su sangre. Se consideró a la mujer culpable de adulterio con persona desconocida, aunque los médicos certificaron que nunca había existido relaciones sexuales con un varón.

También al campo civil pertenece una sentencia dictada por el Tribunal de Roma del 19 de abril de 1956, que declaró adulterinos a los hijos nacidos a través de la inseminación artificial, aún realizada con el consentimiento del marido estéril.

Un texto del senado de New York U.S.A., decía literalmente así: "el hijo nacido de mujer casada por medio de la inseminación artificial con el consentimiento tácito o expreso de su marido, será considerado como legítimo hijo de ambos; y tal marido y tal hijo tendrán todos los derechos y estarán juntos a todos los deberes de esta relación, incluyendo los derechos de herencia".

⁹² D. KRAUSE, Harry. Artificial conception legislative approaches. Family Law Quarterly, V. XIX Number 3 Fall, 1965.
Traducción de Enrique Vázquez Res.

En el Senado de Virginia.E.E.U.U se expresaba lo siguiente: "hijo nacido como resultado de la inseminación artificial, será considerado lo mismo que el hijo legítimo para todos los efectos, si el marido de la madre a consentido la operación."

En 1949 en Inglaterra, una mujer demandó la anulación de su matrimonio por impotencia del marido, ésta fue Inseminada en varias ocasiones con el semen de su esposo, una vez se supo embarazada lo abandonó y no volvió más a él, dando a luz un hijo; posteriormente solicitó un decreto de nulidad de matrimonio alegando que éste no se había consumado.

La primera cuestión que se planteó, se refería a que si la operación realizada con consentimiento de la esposa equivalía a la consumación del matrimonio, a lo que el Juez consideró que el matrimonio no estaba consumado aunque el coito era imposible, pero la Inseminación artificial no consumaba el matrimonio y declaró al hijo ilegítimo.

En New York, U.S.A. una demanda de la mujer separada judicialmente de su marido, la cual tenía la custodia de su menor hija discutió el derecho de visita del marido, basándose que el hijo era fruto de la inseminación artificial y que por consiguiente el cónyuge divorciado no tenía ningún derecho como padre; después de una prueba consanguínea que solicitó con el fin de suprimir el derecho del esposo, donde demostraba que el padre legal no era biológico, y por lo tanto se había inseminado artificialmente con el espermatozoides de un tercero.

En cuyo caso el Juez declaró que el marido tenía derecho sobre su hijo, el cual debería ser considerado como legítimo (New York Times, 13 de enero de 1950).

Otra hipótesis que se ha suscitado, es la de un matrimonio, en que el hombre es estéril y autoriza la inseminación artificial de su esposa con semen donado. En el cual, se pretende considerar como supuesto de donación prenatal;

argumentando que es diferente, puesto que el hijo adoptado es extraño y en la inseminación artificial el hijo cuando menos tiene la mitad de afinidad y descendencia de los padres, además por la razón de que al adoptado se le considera siempre como existente o nacido.

Derivado de los diversos problemas que se plantea en el mundo, nuestra legislación debe ir acorde a los cambios de la sociedad y prever los casos que se lleguen a presentar sobre el particular.

La práctica de la inseminación artificial puede encuadrarse a cualquier clase de la filiación, siempre y cuando la inseminación sea homóloga, en el cual se utiliza el esperma del propio marido, porque si la inseminación es heteróloga, se derivarían diversas consecuencias de filiación, porque el marido puede impugnar la paternidad debido a que el sujeto es estéril y no acepta psicológicamente el producto porque es origen de una fecundación con semen de un tercero ajeno al matrimonio y quiera quedar exento de las responsabilidades de la filiación como obligación alimentaria, derecho sucesorio y se le adjudique el apellido de éste, o bien, podría darse el caso de que al donador se le atribuyan éstas obligaciones, o él mismo se manifieste como presunto padre, esto obedeciendo a que las normas de filiación son de orden público y de interpretación estricta, de modo que aunque el esposo demostrara la existencia de la inseminación artificial con su consentimiento carecería de relevancia jurídica, para la ley ese hombre es padre de ese hijo y estaría sujeto a las obligaciones derivadas de su paternidad, porque aún cuando un hijo nace de una unión accidental en algunos casos, la mera realización ya sea por medio del acto sexual o por medio de la inseminación artificial significa que quien lo realiza asume responsabilidad procreacional, porque ésta es consecuencia natural de aquel, y, entonces aunque no tenga voluntad expresa de tener hijos tiene la voluntad procreacional que es la que emerge de la realización de un acto sexual o

inseminación artificial, porque es una consecuencia natural que nadie puede ignorar.

Otra consecuencia que podría susitarse es en el divorcio, donde el marido pudiera desconocer al hijo nacido después de trescientos días desde que tuvo lugar la separación como lo establece el Artículo 327 del código civil.

Si la mujer decide inseminarse con semen del marido y el hijo nace después de trescientos días contados a partir de la separación, ¿sería válido el desconocimiento que el marido haga de ese hijo?. El Artículo 374 señala "el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto al marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria, se haya declarado que no es suyo."

Pongamos el caso de que una mujer es inseminada por un tercero sin consentimiento del marido y éste desconoce al hijo ¿el donador puede reconocer?.

Otro caso sería en la maternidad subrogada, donde una mujer embarazada no puede continuar en su seno el desarrollo del embrión, se transplanta éste por medio de una operación al vientre de otra mujer, para que ésta continúe el proceso biológico. El problema jurídico que se plantea, es determinar quién es la madre, si la que concibió o la que dio a luz. A mi juicio la madre es la que concibió porque ella tuvo la voluntad procreacional, de modo que aunque muriese la madre antes de que naciera su hijo, no por eso dejaría de ser la madre, sería algo paradójico para nuestros conceptos actuales, de que la madre hubiera muerto antes de que el hijo naciera. Aunque el código civil, establece que el parto es el hecho que permite conocer la filiación por lo tanto, el padre genético no puede reclamar la paternidad debido a que ésta no puede ser conocida directamente porque sólo a través de la presunción puede afirmarse que determinado hombre

es el autor del embarazo de esa mujer, esto cuando la madre subrogada se arrepiente de entregar al hijo.

Otro caso sería si el marido antes de la separación dio su consentimiento expreso para la inseminación y después de la separación desconoce al niño ¿sería válido que los desconociese?. Considero que si la inseminación es homóloga, no hay problema porque tendría la misma situación que un hijo matrimonial, porque el hijo es auténticamente biológico, pero si se trata de la inseminación artificial heteróloga, el hijo perdería totalmente la filiación del padre, lo que trato de exponer es de que se proteja al menor y no se cometan injusticias.

Las razones que aluden torno a los conceptos de paz familiar, seguridad del donador, seguridad de los progenitores y sobre todo la protección del menor en cuanto a su filiación, ya que nuestra filiación parece proteger a los adultos de una imputación no deseada, especialmente, si el adulto es un varón, y poco se cuida el interés del menor. Como sabemos, en la filiación extramatrimonial la maternidad resulta sólo el hecho del nacimiento, y la paternidad se presume de un conjunto de hechos de tipo social, que determinan la posición de estado del hijo. Su indagación está permitida en los supuestos que la ley determina, en los cuales sabemos no se incluye la procreación asistida, ya que éstas prácticas se realizan dentro de marcos normativos.

3.- PRESUNCION DE LA PATERNIDAD

La filiación se funda en la confianza de la madre y no en métodos biológicos; a través del Derecho Familiar un hijo que no sepa quien es su padre, lo puede intentar a través de la legislación familiar, al igual que los padres que no estén de acuerdo con la imputación que les puede hacer una mujer, ya que el código permite que se investigue quién es el padre; o que permita contradecir la paternidad de un hijo que considere no es suyo.

La filiación de los hijos que resulta de la inseminación artificial de parejas estables (sea entre esposos o entre concubinos) no crea ningún tipo de incertidumbre respecto al origen del embrión si ésta se realizó dentro del tiempo que marca el código civil vigente. Es una certitud que la filiación del hijo será como la del hijo que nace dentro del matrimonio.

La certeza de paternidad no es absoluta pues admite prueba en contrario.

Se presumen hijos de matrimonio o de los cónyuges los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados a partir de la celebración del matrimonio; los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por disposición de la ley art. 324 del código civil para el Distrito Federal que dice:

ARTICULO 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

ARTICULO 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.

Los hijos que nazcan dentro del matrimonio se refutarán como hijos de ambos cónyuges, lo que se comprobara con el acta de nacimiento y el acta de matrimonio de los padres.

También para el caso de los concubinos, si la inseminación fue hecha dentro del período que marca la ley, será considerada una inseminación homóloga por haberse realizado a una pareja estable. Artículo 387 del código civil.

Los plazos legales se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza. Un ser humano tarda en su gestación normal doscientos setenta días, en la mayoría de los casos, plazo que puede acortarse por un sinfín de circunstancias, todas ellas consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto nazca vivo y viable no puede bajar de ciento ochenta días, ni puede permanecer dentro del claustro materno más allá de trescientos. Si llegado a ese límite máximo de embarazo no nace el niño, es menester intervenir médicamente a la madre extrayendo al producto para que tenga posibilidades de sobrevivir. En éste sentido, ciento ochenta y trescientos días respectivamente, son los límites mínimo y máximo para que el feto pueda nacer vivo y viable. Cuando el niño nace a penas con ciento ochenta días de gestación, tendrá muy escasas posibilidades de sobrevivir, pero quizás alcance una vida precaria. Un producto que permanece en el vientre materno más de trescientos días, ya no tiene posibilidades de surgir a la vida.

4.- IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD

Si la mujer que se somete a inseminación artificial es casada, el hijo nacerá como hijo de matrimonio y el esposo podrá reconocerlo como propio. Sin embargo, puede ser que el esposo no haya consentido en la subrogación de su esposa y entonces impugne la paternidad del menor y en su momento demostrar que ese hijo no es suyo. La impugnación tendrá éxito sólo cuando se demuestra

que el autor del reconocimiento no es genitor del reconocido, por ejemplo, al probar que el sujeto al tiempo de la concepción fue incapaz de gestar.⁹³

Para que el esposo de la mujer inseminada pueda impugnar la paternidad y desconocer al hijo, debe comprobar que biológicamente el hijo no es suyo, además puede alegar que no dio su consentimiento para que se realizara la inseminación o fecundación en su esposa. De otra manera, no podrá desconocer al hijo suyo. Cuello Calón comenta que cuando no existe ese consentimiento por parte del esposo, la mujer comete adulterio.⁹⁴

El Artículo 326 del código civil del Distrito Federal vigente establece:

"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".

Es por ello que el marido debe prestar su consentimiento para la inseminación o fecundación. Este consentimiento deber ser mutuo, pero de preferencia el futuro padre debe hacerlo por escrito para garantizar su responsabilidad y se le imposibilite desconocer al hijo que se procreó por medios artificiales y alegue impotencia o imposibilidad física en el acceso carnal.⁹⁵

Cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de la misma al casarse, puede desconocer al hijo, basando la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la conducta desleal de su consorte al haber ocultado su estado. En

⁹³ Cfr. BONILINI, Giovanni, *Nozioni de diritto de famiglia*, UTET, Torino, 1987, P. 139

⁹⁴ Cfr. NOVILLO BARAVIA, Lisardo, *Op. Cit.* P.208

⁹⁵ Cfr. CHAVEZ ASENCIO, Manuel, *La familia en el Derecho, Relaciones Paterno-Filiales*, Porrúa, segunda edición, México, 1990 P. 44

éstas circunstancias, el derecho protege al marido permitiéndole desconocer al que realmente no es su hijo. Para que pueda ejercer la acción de desconocimiento se requiere que ocurran las circunstancias señaladas en el Artículo 328 del código civil que señala:

"El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio:

- I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte; para esto se requiere un principio de prueba por escrito;
- II. Si concurrió al levantamiento del acta de matrimonio y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar;
- III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer;
- IV. Si el hijo no nació capaz de vivir."

¿Por qué se exige la prueba escrita cuando es probable que no la tenga?

No es muy razonable que el prometido anduviera publicando por escrito que su novia estaba encinta, sin embargo, para efectos de la inseminación artificial en seres humanos, es el antecedente indispensable, que el cónyuge o futuro cónyuge manifieste su consentimiento por escrito (principio de prueba), requisito necesario para que el médico pueda válidamente proceder a la implantación de dicho método inseminatorio.

5. LA FILIACION EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

"Las nuevas perspectivas científicas tienen por objeto resolver por medio de la fecundación *in vitro*, los problemas de algunas mujeres que no pueden llegar al término del embarazo, por estar enfermas de algún mal que se agravaría con la gestación.

"La madre subrogada es la mujer que acepta la inseminación artificial con el semen de un varón que desconoce; que lleve el embarazo a término, y después entregue al niño al padre natural y a su esposa; con ello finiquita todos los derechos que tiene sobre la paternidad. Más tarde, la esposa legítima adopta al niño. En términos generales, la madre sustituta recibe una remuneración económica al terminar el contrato."⁹⁶

Para Gutiérrez y González la madre subrogada resulta "una situación realmente difícil en el plano jurídico, comenta que, este tipo de procreación supone dos actos teóricamente separados entre sí:

- a) contrato con la mujer que proporcionará el vientre hasta el momento del nacimiento y dar a luz al hijo y;
- b) entrega del niño a la pareja cuya mujer es estéril."⁹⁷

Podemos afirmar terminantemente, que ésta forma de procreación, no está legalmente permitida de acuerdo con el sistema jurídico mexicano, sin embargo, ha suscitado innumerables argumentos de orden moral, ético y legal.

El contrato que llevaría a cabo la pareja estéril con la llamada madre subrogada puede ser gratuito u oneroso, según se realice o no con precio convenido. Pero en ambos casos sería inexistente para el derecho y ninguna de las partes podrían ejercer acciones tendientes a obtener su cumplimiento.

Es claro que el contrato de maternidad subrogada es una figura inexistente para el derecho y teoría general de las obligaciones, porque en principio no es un convenio y mucho menos un contrato, es un simple arreglo cuyo objeto no puede ser materia de contrato.

⁹⁶ GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Conferencia Citada, que impartió el 23 de agosto de 1978 en la Facultad de Derecho de la UNAM
⁹⁷ Ibidem. P. 15

Analizando el tema de las obligaciones y los contratos, podemos observar que los siguientes Artículos son muy claros respecto al objeto y a la cosa objeto del contrato.

El Artículo 1792 del código civil establece que: "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."

El contrato de maternidad subrogada no es un convenio porque no crea ni transfiere, ni modifica o extingue alguna obligación. No existe en la madre subrogada ninguna obligación para entregar al hijo. El simple hecho de que la madre portadora o gestante desee conservar al hijo es un ejemplo de la no exigibilidad de ese tipo de arreglos.

El Artículo 1793 establece que: "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."

Se mencionó anteriormente que la maternidad subrogada no produce ningún tipo de obligación ni tampoco genera derechos entre las partes. No existe alguna figura contractual que obligue a la madre a entregar al hijo que ella misma parió.

El Artículo 1794 del código civil para el Distrito Federal menciona que "para la existencia del contrato se requiere: objeto que pueda ser materia del contrato."

El objeto de los contratos, se puede observar de tres maneras:

1º El objeto de todo contrato, es crear derechos y obligaciones en ambas partes (objeto directo del contrato).

El Artículo 1793 del código civil nos dice:

- 1.- La cosa que el obligado debe dar,
- 2.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

2º En este sentido se tienen dos aspectos: el objeto del contrato y la cosa objeto del contrato. En primer lugar el objeto que puede ser materia del contrato se refiere según el Artículo 1824-A

3º En cuanto a la cosa objeto, el Artículo 1825 del código civil establece que "la cosa del objeto del contrato debe:

- a).- Existir en la naturaleza.
- b).- Ser determinado o determinable en cuanto a su especie.
- c).- Estar en el comercio.

En principio son inexistentes los contratos que tengan por objeto el embrión, el vientre, la matriz, o las trompas de falopio de cualquier mujer porque por su naturaleza, están fuera del comercio".

Para la ley, madre, es aquella que da a luz al hijo. Esto puede ser genéticamente cierto o no, según quien proporcione el óvulo, o que haya existido fecundación artificial de la madre subrogada, o que haya existido fecundación artificial de la madre subrogada, o que haya mediado además, un transplante de embrión. Por ejemplo, al hablar de los hijos fuera del matrimonio. El art. 360 dice que, con relación a la madre, la filiación resulta del sólo hecho del nacimiento. Las normas sobre el registro civil también se basan en el parto para establecer la maternidad.⁸⁸

⁸⁸ ARTICULOS DEL 64 AL 76 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Si la madre subrogada fuese casada, el hijo nacido o habido por comisión de otra pareja sería hijo legítimo de la subrogada y de su esposo, por el juego de las normas legales, es decir, el esposo es padre del hijo dado a luz por su mujer.

Por otra parte, no existe forma jurídica para que el hijo procreado por encargo, pase a ser hijo del matrimonio de la mujer estéril. El Código Penal tipifica como delito el "atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre", así mismo, es punible la conducta de quien presenta un niño al registro civil suponiendo que los padres son otras personas, como lo señala el Código Penal para el Distrito Federal, en su artículo 277, por otro lado el artículo 60 inciso II. del código civil, dispone que la madre no tiene derecho a dejar de reconocer a su hijo tiene la obligación que la madre figure en el acta de nacimiento de su hijo.

"artículo 277.- Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien a mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en alguna de las infracciones siguientes:

- I. Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;
- II. Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;
- III. A los padres que no presenten a un hijo suyo al registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;
- IV. A los que sustituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y...."

"Quedaría solamente el recurso de dar al niño en adopción, pero la legislación al respecto es muy limitada en el código civil para el Distrito Federal, no rompe los lazos con la familia de origen, es revocable y es impugnabile en ciertos supuestos; ello no colma las expectativas de una pareja que desea asumir un hijo como propio hasta las últimas consecuencias."⁹⁹

⁹⁹ GARCIA MENDIETA, Carmen, Op. Cit. P. 40

Por lo tanto "el procedimiento de la maternidad subrogada constituye una forma ilícita y eventualmente delictuosa de obtener descendencia para la mujer estéril en el estado actual de las normas jurídicas mexicanas."¹⁰⁰

Por cierto, en la historia universal esto no es novedad, existen varios casos sobre este tipo de acuerdo: tal vez, el primer ejemplo que se registra aparece en la Biblia, cuando la esposa de Abraham, Sara que era estéril pidió a su esposo que fecundase a Hagar su esclava egipcia; lo cual acepto Abraham y Hagar dio a luz a Ismael.¹⁰¹ Este tipo de contratos de maternidad subrogada aparecen alrededor de 1976 en los Estados Unidos de Norteamérica, cuando se solicitó en un anuncio de periódico del Estado de California, "una mujer para ser inseminada artificialmente mediante remuneración, en pro de una pareja infecunda." Un abogado llamado Noel Keane recomendó que¹⁰² se cobrara por donación de maternidad a las parejas estériles y afirmó que haciendo un considerable pago (diez mil dólares por cada mes de gestación) las jóvenes sanas acudirían en auxilio de éstas personas para vender su capacidad procreativa.¹⁰³

Otro caso más, el de la Corte Suprema de Kentucky, U.S.A. que admitió, el 12 de diciembre de 1985, la licitud de un contrato (de gestación de sustitución) argumentado que el fin perseguido era asistir a una persona o pareja incapaz de procrear, y que el procedimiento no era biológicamente diferente de la situación inversa en la que el marido es infértil y donde la mujer concibe por inseminación artificial.¹⁰⁴

En 1982,¹⁰⁵ una mujer llamada Judy Stiver, de 26 años de edad, aceptó tener el hijo de Alexander Malahoff, y su esposa por una cantidad de diez mil dólares.

¹⁰⁰ IGarcía Mendieta Carmen Op. Cit. P.41

¹⁰¹ SERRANO CESOR, VICENTE, GENESIS, 16.2 de. Católica Madrid, 4 de Julio de 1968.

¹⁰² Cfr. MAGNASCIO, Raffo, Femeninario, Julio de 1980, Buenos Aires, Argentina P. 62 En CARDENAS, Carlos Op. Cit. P.24

¹⁰³ Ibidem P. 26.

¹⁰⁴ RUBELLIN DE VICHY, Jacqueline, Le droit, la bioéthique... nota 217 en VIDAL MARTINEZ, Jaime Op. Cit. P. 196

¹⁰⁵ Cr. FIELD, Marina A., Surrogate motherhood, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990 PP. 5, 6

Stiver, necesitaba el dinero para ir de vacaciones con su esposo y para gastos de su casa. Malahoff, quería tener al hijo para fortalecer su matrimonio, pero él y su esposa se separaron durante el embarazo de Judy. El caso viene a ser un ejemplo de las terribles consecuencias que se derivan de éste tipo de arreglos. El bebé nació con microcefalia (cabeza muy pequeña), que es indicadora de futuro retraso mental, por eso los dos padres sociales lo rechazaron.

La madre natural alegó que ella no sentía ningún lazo maternal con el producto. Malahoff, instruyó al hospital para que no se tomaran las medidas preventivas para cuidar al menor.

La madre sustituta no sólo negó ser responsable de esa anomalía, sino que exigió se cumplieran las cláusulas del contrato y decidió entregarle al niño. El hombre manifestó: que el hijo no era de él. El bebé no tuvo un hogar hacia donde ir después del hospital y lo trasladaron a una casa de cuna. Posteriormente con los resultados de pruebas de sangre y tejidos probaron que tenía razón el padre del menor era el esposo de Judy y no el donador. Ella había tenido varias relaciones sexuales antes de la inseminación. El dinero fue devuelto a los Malahoff y los Stivers se hicieron cargo del bebé. Ambas partes se declararon en contra de los médicos por no haber aclarado a los Stivers de la abstención sexual durante el periodo relevante.

En un caso aún más raro, una pareja de New York, U.S.A., contrató a una mujer de California para ser inseminada artificialmente y quedar embarazada. Pero resultó que la madre estéril era un hombre, un homosexual que había cambiado de sexo mediante una operación. Por consiguiente la madre sustituta decidió quedarse con la criatura.

Estas situaciones fuera de lo común demuestran el grado de desmoralización que presentan los sujetos que intervienen en ellas, en realidad lo que está ocurriendo es que la maternidad se está comercializando.

Los padres genéticos son aquellos que aportan los gametos. Establecen las características físicas y psicológicas del nuevo ser. Sin dejar de mencionar que pueden tener alteraciones provocadas por el medio ambiente.

El término subrogación se refiere a cualquier acuerdo que una mujer realiza con una pareja para concepción de un hijo. En la subrogación, el material genético del embrión fue prestado a la mujer que lo va a gestar. Esta mujer no aportó los óvulos para la procreación por lo que se le considera madres sustitutas o madres subrogadas. Ella se ofrece a gestar un hijo para beneficio de otra pareja. O bien, la mujer fértil acuerda ser inseminada artificialmente con el material genético de un hombre que no es su esposo o concubino, o fecundar el embrión de alguna pareja.¹⁰⁶ Posteriormente se obliga a entregar al hijo.

Los contratos de subrogación se caracterizan por ser contratos cuyo fin es la prestación de servicios de una madre subrogada, y por ser una transacción de dinero para adquirir un hijo. En este sentido, pueden ser considerados ilegales por la venta de bebés. La Suprema Corte de New Jersey, (U.S.A.) estableció que no había duda respecto al dinero pagado para la adopción y no del servicio personal de la madre subrogada. En 1988 a partir del caso de los Stern contra Whitehead, la Suprema Corte de New Jersey declaró ilegales y nulos los contratos de maternidad subrogada.

Se dice que muchas mujeres que se someten sin pago a este tipo de práctica, lo hacen para compensar alguna experiencia del pasado, sea por sentirse culpables de algún aborto cometido en el pasado, gratitud por haber sido ellas mismas adoptadas o una manera de revivir su propio abandono en la infancia o algunos otros profundos factores psicológicos. La subrogación en este aspecto reporta que ellas disfrutan estar embarazadas, como los cambios

¹⁰⁶ Cfr. BOTO LA MADRID, Miguel Angel, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, Octubre En VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, Op. Cit. PP. 191, 190, 316, 317.

psicológicos que se dan, así como la manera en que son tratadas durante su estado de preñez.¹⁰⁷

Con el matrimonio se crea el parentesco por consanguinidad o a cual se refiere este tiene como propósito establecer la filiación de los hijos de la mujer casada que nacen dentro de su matrimonio; pero en el caso de duplicidad y triplicidad de madres, la figura de la maternidad subrogada es un hecho que confunde la certeza de esa correspondencia filial entre un hijo y su verdadera madre. Esta dualidad ocasiona problemas en la filiación ya que el embrión incubado bajo estas circunstancias cuenta con una madre genética (la que aportó el óvulo), una madre biológica (la que proporcionó el lugar para el desarrollo embrionario) o una madre social, (cuando en ninguno de los elementos anteriores son aportados por ella, pero quien desea la adopción del menor) y además los espermatozoides son ofrecidos por su pareja.

El contrato de maternidad subrogada, pone en riesgo la calidad humana del producto de la concepción. Un contrato de esa naturaleza, es inexistente, permite la creación de un comercio, no sólo con el cuerpo humano, como lo sería el caso de la renta que se hace del vientre, sino que se está negociando con la creación y vida del ser humano. Un hijo concebido en dicha situación, es un hijo que fue producto de una transacción comercial entre la mujer que lo parió y los padres que desean adoptarlo. Aún cuando en la maternidad subrogada haya habido sólo la renta de útero y el óvulo perteneciera a la mujer que desea al hijo, sigue existiendo el comercio del ser humano.

Fernando Santossuoso opina que el parto es un elemento que prevalece para la identificación de la madre, porque es ella quien a llevado adelante la gestación y a dado a luz el hijo, aunque el óvulo fecundado derive de otra mujer, y

¹⁰⁷ Cfr. FIELD, Martha, Op. Cit., P. 20

aunque ésta mujer o una tercera hayan encargado a la parturienta el arreglo de las gestiones o del parto.¹⁰⁸

Enrique Díaz Gujarro plantea el problema de la mujer subrogada de esta forma: "se trata de una mujer embarazada que por razones especiales no puede continuar en su seno el desarrollo del embrión, y entonces se transplanta este por medio de una operación al vientre de otra mujer, para que esta continúe el proceso biológico; Una especie de incubadora.

El problema jurídico que se plantea es determinar quién es la madre: si la que concibió o la que alumbró. Ahí está el problema jurídico que nosotros tenemos que tener en cuenta, porque si la realidad nos da ese caso, tenemos que encontrarle solución jurídica para saber quien es la madre,"¹⁰⁹ y continúa "a mi juicio, la madre es la que concibió, porque ella tuvo la voluntad procreacional, de modo que aunque muriese la que concibió antes de que la mujer diera a luz, no por eso dejaría de ser la madre, sería algo paradójico dentro de nuestros conceptos actuales, de que la madre hubiera muerto antes de que el hijo hubiera nacido."¹¹⁰

Para Torres Rivero "la ovulación artificial con la cual se puede llegar a transplantar el óvulo de una mujer a otra a fin de que ésta, que es estéril pueda tener un hijo. Lo mismo se persigue con trasplante de ovario, o con el llamado trasplante del embrión. Entonces, ¿quién es la madre? ¿La madre es la que concibió? ¿la que dio a luz?. La madre es la que concibió, no la que terminó de gestar y agrega: es la respuesta viable y sin dificultad, cuando se sabe qué

¹⁰⁸ Cfr. SANTOSSUOSO, Fernando, La Fecondazione artificiale umana, Giuffrè, Editore milano 1964. P. 53

¹⁰⁹ DIAZ DE GUJARRO, Enrique, Las Modernas Técnicas Biológicas y el Derecho de la Familia, Revista el Ministerio de Justicia, Año 18, No. 48 Enero - Marzo de 1964, Caracas Venezuela. P. 388

¹¹⁰ DIAZ DE GUJARRO, Enrique, Op. Cit. P. 388

mujeres son las cedentes y las cesionarias. Si se ignora quien es la cedente, se plantearía un caso de madre desconocida."¹¹¹

"En los últimos años un grupo de parejas estériles han expresado públicamente el deseo de obtener los servicios de una madre subrogada que les ayude a tener hijos, y varias mujeres han manifestado que estarían interesadas en ser madres subrogadas".¹¹²

Una de estas mujeres expresó así sus puntos de vista:

"He estado interesada durante un largo período de tiempo en la maternidad subrogada. Me doy cuenta de que es una idea muy nueva para facilitar a algunas parejas sin hijos a que los tengan y comprendo los enormes problemas legales y morales implicados y el problema relacionado con los sentimientos de la madre subrogada. Estaría muy interesada en incluirme en cualquier trabajo o investigación que pudiera hacerse en el futuro. Simpatizo con las parejas que tienen cualquier clase de problema para tener hijos. Conozco la enorme importancia de tener una familia propia y lo que puede significar para dos personas" y añade "cuando por primera vez oí algo sobre la maternidad subrogada, mis pensamientos fueron YO SOY COMPETENTE cuando estoy embarazada y al dar a luz me siento igual, éste sentimiento esta directamente relacionado con las otras partes implicadas, las parejas sin hijos. Para ellos la posibilidad de tener su propio hijo en esta forma puede imaginar que les haría inmensamente felices"¹¹³

Algunos aspectos legales que surgen respecto a los contratos con madres subrogadas en cuanto a que si son ilegales o contrarios a las normas públicas y las reparaciones que pueden pedirse en caso de desconocimiento o el rompimiento de tales convenios si son ilegales, o que por otra parte sean

¹¹¹ TORRES RIVERO, Arturo Luis. Actes Procesales del Derecho Vivo. Revista Jurídica Vol. IX, No. 26 y 27 Caracas Venezuela P. 122

¹¹² WOOD, Carl y WESTOMRE, Ann, Fecundación In Vitro, primera edición, Ed. Fontaella, S.A, Barcelona España, Junio 1984

¹¹³ Ibidem P.143

declarados nulos por el tribunal. Quizá el aspecto legal de mayor trascendencia y el planteamiento aún no resuelto es "a quién pertenece el niño."

6.- LA FILIACIÓN POST MORTEM

El congelamiento del semen y establecimiento de los bancos de semen, abrió éstos horizontes a madres casadas, solteras o concubinas que pudiera solicitar ser fecundadas con dicho semen.

Se presenta cuando la mujer desea ser inseminada con el semen de su pareja después de la muerte de este, gracias al depósito de espermias que realizó con anterioridad, y de la fecundación in vitro con el óvulo conservado de la mujer y el semen de su pareja, después de que ella muera.¹¹⁴ La práctica se desea con mayor frecuencia cuando muere el hombre y la mujer ha quedado sola y sin descendencia de su pareja. En estos casos, la mujer quiere ser inseminada o fecundada con el semen de su esposo o concubino cuando aquel en vida dejó en un banco de semen congelado la información genética de su persona.¹¹⁵

La certeza de un hecho natural se convertiría en algo totalmente ambiguo. En consecuencia, los alcances de la filiación serían otros, pues se abriría la posibilidad de extender el término de los trescientos días posteriores a la disolución del matrimonio para estimar que el nacimiento de un menor, en este caso, pueda ser considerado como hijo de su progenitores.

Donde la inseminación artificial Post Mortem no procede, simplemente implicaría la destrucción del material genético en el momento del fallecimiento del

¹¹⁴ CHAVEZ ASCENCIO, Manuel F., *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales*, Segunda edición De. Ferrúa 1981 P. 95

¹¹⁵ Cfr. VILLENA CUADROS F. *Sobre la inseminación Post Mortem*, en *Revista Internacional de Derecho Contemporáneo*, Bruselas, 1985. P. 65. Traducción Cecilia Montes Robert

marido. Quizá la viuda podría pedir la recuperación de ese material o bien donarlo para casos de parejas que lo requieran. En este sentido, el derecho se mantendría estable y claro en sus preceptos. No habría cambios esenciales en la normatividad ni en los conceptos. Se sabe de este tipo de inseminación con el conocido caso Parpalaix.

La viuda francesa, Corinne Parpalaix, quien solicitó judicialmente que se devolviera el espermatozoides congelado de su marido Alain, muerto en 1983, de cáncer en los testículos.¹¹⁶ Demandó a los CECOS (centros de estudio y conservación del espermatozoides humano) por haber sido inseminada con el semen depositado por su marido fallecido, a consecuencia de ello. En 1984, el Tribunal de Grande Instance Créteil, resolvió favorablemente la solicitud. Se practicó la inseminación pero no había suficientes espermatozoides para que ella lograra el embarazo. Finalmente el Tribunal que resolvió la situación de la Señora Parpalaix decidió no permitir dicha práctica y consideró que no era apropiado permitir que las viudas fueran inseminadas con el semen de sus esposos fallecidos.¹¹⁷

El menor nacido con fecha posterior a los trescientos días de la muerte de su progenitor es considerado como nacido después del fallecimiento de aquél y se considera, por lo tanto, como hijo de la madre únicamente. Por otro lado, no es permitido el contrato¹¹⁸ donde se puede asegurar la descendencia Post Mortem dado que esto es nulo. En éste caso se presentan varios problemas que derivan de la concepción o nacimiento del hijo después de la muerte de su progenitor. Se presentan varias hipótesis en la inseminación Post Mortem:

- 1.- Cuando la mujer es inseminada antes o en el momento del descenso de su pareja.

¹¹⁶ Cfr. CARENAS QUIROZ, Carlos, Op. Cit. P.20

¹¹⁷ RINGEL FRANCOISE, Emmanuel. Apres la mort, recueil Dalloz, Sirey, No.36., Octobre 1981 Traducción Cecilia Montes Robert P. 248.

¹¹⁸ Cfr. VIDAL MARTINEZ, Jaime Op. Cit. P.147

2.- Cuando la mujer por diversas razones no pudo ser inseminada a pesar de varias tentativas efectuadas en el momento en que su pareja muere.

Esta situación aparece cuando la mujer se hace inseminar o fecundar una vez que su pareja ha fallecido.

En el primer caso el menor ya fue concebido y ha comenzado su existencia embrionaria.

La concepción tiene lugar en vida de ambos progenitores. Es el caso de un embrión implantado en el útero de la madre en el momento del fallecimiento del marido. Este menor tiene marcado un destino original. La misma fatalidad puede venir al menor concebido en el caso de un accidente de su progenitor. En ésta situación se debe aplicar el derecho de la filiación. Si se trata de una pareja casada, la presunción del padre se aplica porque la fecundación o inseminación de la esposa ha tenido lugar mientras existió el matrimonio. El menor es sin duda legítimo. En el caso de la concubina, el menor póstumo tendrá dificultades sobre filiación porque requerirá de un reconocimiento de útero de la madre y un reconocimiento prenatal de los dos padres en la esperanza de un menor futuro. En caso de no haber previsto el reconocimiento paternal, un recurso póstumo a la acción de investigación de la paternidad es posible con la posesión de estado. La concubina puede entablar un laso de filiación natural por la posesión de estado. El certificado médico de la fecundación in vitro da testimonio de la posesión de estado para que los menorea se puedan respaldar.

En el segundo caso, el encuentro con los gametos no ha tenido lugar. El hijo desciende biológicamente de su padre; pero la fecha de concepción se determina con el día de la inseminación o de la fecundación, y no se puede, de acuerdo a las reglas de filiación legítima, tener por padre al marido de la mujer.

Otro hecho sería afirmar que el menor ha sido engendrado por un cadáver. La cuestión hereditaria es totalmente desfavorable para un hijo concebido por éste

medio pues se le considera incapaz de heredar pues aún no había sido concebido. Algunos autores sugieren que se admita el reconocimiento prenatal antes de la concepción. En Francia se pretende que el tribunal de Créteil, establezca la posibilidad de laso de filiación sobre la voluntad expresa del de Cujus a autorizar la inseminación Post Mortem. La situación del hijo Post Mortem no se resume solamente a los términos de su filiación.¹¹⁹

El problema se sitúa en saber si existe una libertad del hombre para disponer de sus fuerzas genéticas. Es cierto que existe en la Inseminación Post Mortem una prueba de amor, pero ¿a favor de quién? Porque el hijo queda como un recuerdo de la pareja o como una continuación simbólica de una vida conyugal frustrada. Entonces se reflexiona sobre la calidad del menor y se piensa si acaso es tratado como un objeto y no como un ser humano.

La solución es no permitir este tipo de prácticas. No se debe permitir a los padres programar el nacimiento a título póstumo, de un huérfano de padre o de madre. El deseo de perpetuidad es un sentimiento respetable pero sólo para aquellos que pueden asumir sus responsabilidades. Las fuerzas genéticas son en quienes las tienen un depósito inalienable y sagrado, las potencialidades del universo.

El Art. 325 del código civil del Distrito Federal vigente, establece que contra la prueba de la presunción:

" 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."

¹¹⁹ RINGEL FRANCOISE, Emmanuel. Apres la mort, recueil Dalloz, Sirey, No.36., Octubre 1991 PP.241,246
Traducción Cecilia Montas Robert

La opinión más generalizada sobre la disposición de regular sobre la materia, es la de prohibir la inseminación de la esposa con esperma del marido después que éste haya fallecido.¹²⁰ El problema que debe ser resuelto es sobre las consecuencias jurídicas que pueden derivarse. El artículo 22 de nuestro código civil, establece que "la capacidad jurídica de las personas físicas se pierde por la muerte". Esto ocasiona, en el caso de la filiación post mortem, que al padre genético no se reconozca en el ámbito jurídico pues ha dejado de existir como persona, y, por lo tanto, ya no pueden derivarse de él ni derechos ni obligaciones respecto a terceros.

La opinión generalizada es que se debería prohibir la inseminación artificial post mortem, porque no sería justo para el hijo una vida programada a un mundo, donde no se encuentra su progenitor.

7.- LA FILIACION DEL HIJO POSTUMO EN LA INSEMINACION ARTIFICIAL

Con las prácticas de inseminación artificial Post Mortem las almas de los muertos pueden tener hijos que los perpetúen.¹²¹ Estos hijos serán sin duda una interrogante para el jurista una vez que se tenga que identificar la filiación. Este supuesto evoca la idea de una cierta sobrevivencia de la personalidad jurídica después de la muerte. Por lo que es posible legitimar a título de hijo póstumo al menor. La legitimación póstuma es considerada únicamente para el interés de los descendientes del difunto. También en el caso de la legitimación que hace un padre que no quiso reconocer en vida la paternidad del menor y lo hace de manera póstuma al momento del acto sucesorio. El hecho tiene su origen al reconocimiento del matrimonio póstumo cuya única finalidad es legitimar a los hijos y éstos puedan tener derecho a la sucesión y a un régimen matrimonial.

¹²⁰ NOVILLO SARAVIA, Lizardo. Op. Cit. P.208

¹²¹ Cf. ZANONNI, Eduardo. Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1978. P. 78

En este sentido, aún cuando la carga genética es derivada del semen del que fuera el progenitor, para la norma jurídica el hijo nacido de la viuda, trescientos días posteriores a la muerte de su esposo se consideraría fuera de matrimonio.¹²² Por otro lado, si el hijo nace antes de los trescientos días de la disolución del matrimonio se presume la paternidad del marido fallecido.

En nuestro derecho positivo, no se reconoce la filiación Post Mortem. El nacimiento del hijo póstumo nacido por los métodos de Inseminación Artificial, habre incertidumbre respecto a su legitimidad en el caso en que no haya sido concebido durante el matrimonio. En este sentido se pierde cualquier derecho a la filiación por el hijo que haya sido concebido de ésta manera, y por ende, cualquier derecho sucesorio que hubiera podido adquirir.

Nuestro código civil, en su Fracción II del Artículo 324 dice que:

"Se presumen hijos de los cónyuges":

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial."

En el primer aspecto si el hijo naciera después de los trescientos días de la disolución del matrimonio, es decir, en el caso de inseminación artificial Post Mortem, indudablemente, el código civil, no concede ningún derecho al hijo concebido de ésta forma ya que además añade a ésta presunción la prueba en que al marido le fue imposible realizar el acto sexual con su mujer.

¹²² Ibidem. P.30

Si se presenta el hecho de la imposibilidad del marido de poder tener hijos, y de ello la búsqueda de otra vía para lograrlo en vida, supone que la decisión y las consecuencias de la voluntad del padre de haber intentado una descendencia se hicieron bajo una decisión matrimonial y no extramatrimonial. Pero si posterior al depósito del semen, el marido ve la imposibilidad de estar con su hijo por razón de algún padecimiento insuperado, y tiene la seguridad de que el hijo se va a lograr, al hacer su testamento, plantea el deseo de heredar a su sucesor concebido bajo ese método.

Si la viuda llegara a tener un hijo del que fuera su marido, y éste hijo nace después de los trescientos días del fallecimiento de su progenitor, resulta que el derecho desconoce la relación de la filiación o de parentesco con la familia del progenitor.

Impedir este tipo de prácticas no es una solución absoluta ante la movilidad social y la psicología moderna.

La norma establece sobre la presunción de ser hijo de matrimonio, aquel que ha sido concebido después de los ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo ya provenga ésta por muerte del marido para que el hijo sea considerado hijo legítimo de esa persona.

El Artículo 325 del código civil establece que:

"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."

También se puede dar la posibilidad de dar algún embrión concebido con material genético de sus padres legítimos y que alguna de las partes falleciera antes de la implantación de ese embrión. Sea el caso en que la esposa falleciera y no haya sido posible la concepción en su útero (fecundación en vivo) pero sí en una probeta (fecundación in vitro), o fuera que el esposo muriera antes de ser implantado el embrión en útero de su pareja. En ambos casos, el embrión fue concebido antes del fallecimiento de cualquiera de sus progenitores. Pero el conflicto se suscitara si el embrión un ser concebido, es implantado fuera del tiempo requerido para considerar que ha nacido en el lapso que la ley establece y atribuirle el parentesco tanto del padre o de la madre, según sea el caso.

Lo más correcto sería no permitir la inseminación Post Mortem. En primer lugar, porque el hijo sería considerado como extramatrimonial, lo cual se colocaría en desventaja respecto a los derechos derivados de su filiación. No existiría una prueba fehaciente para el reconocimiento de la paternidad pues el menor habría nacido fuera del término legal para considerar su parentesco. Además entraría el principio de la imposibilidad carnal del padre de haber podido concebir un hijo después de los trescientos días de la disolución de su matrimonio por causa de muerte.

En este caso, la disyuntiva está en ubicar la inseminación Post Mortem como matrimonial o extramatrimonial. Si por causa de la muerte del esposo, el vínculo matrimonial se disuelve, entonces, no debe ser aceptada la procreación de hijos después de la muerte del marido. En principio la finalidad del matrimonio queda extinguida al no existir el vínculo de unión ni la obligación de los contrayentes. El esposo está muerto y se dice que el muerto ha dejado de tener relación jurídica con su pareja, ya que el matrimonio termina con la muerte de uno de los cónyuges.

Cuando un menor es concebido después de morir su padre genético o su madre genética, trae como consecuencia que no sea considerado como hijo

dentro de matrimonio, si el período para hacer valer la presunción de la paternidad o maternidad está fuera de la ley. La consecuencia es que no se le puede reconocer al hijo su filiación con el padre o madre fallecidos.

Sobre las investigaciones de la paternidad o la maternidad sólo pueden intentarse en vida de los - padres, según el Artículo 388 del ordenamiento civil en estudio. Si los padres hubieran fallecido durante la minoría de edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayoría de edad.

"Las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres. Si los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, tienen éstos derecho a intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

CAPITULO CUARTO
NECESIDAD DE REGULAR LA INSEMINACION ARTIFICIAL EN NUESTRA
LEGISLACION

1. ANTECEDENTES IMPORTANTES

- a) **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**

- b) **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

- c) **LEY GENERAL DE SALUD.**

- d) **LEY GENERAL DE POBLACION.**

2.- DERECHO COMPARADO:

- a) **LEGISLACION DE ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA**
 - b) **LEGISLACION ESPAÑOLA.**
 - c) **LEGISLACION DE INGLATERRA**
 - d) **LEGISLACION DE CANADA**
 - e) **LEGISLACION DE DINAMARCA**
 - f) **LEGISLACION SUECA**
- COMENTARIO**

1. ANTECEDENTES IMPORTANTES

Como ha escrito Plascowe, "toda nuestra legislación sobre la familia correspondiente a los derechos, deberes y obligaciones de padres e hijos está basada en la procreación de los hijos por medios naturales de acción sexual. Al devenir las nuevas técnicas, se producen situaciones de hecho que ya no puede ser subsumidas en las antiguas regulaciones. La legislación acusa ahora una laguna que es preciso colmar. Será preciso consultar tanto el espíritu como la letra de éstas disposiciones para adaptar su contenido a los problemas nuevos."¹²³

No escapa a cualquier razonamiento lógico, el fenómeno social de la inseminación artificial, la necesidad que existe en nuestro país de reglamentar desde un punto legislativo todo lo relativo a la inseminación artificial en seres humanos, ante la falta de normatividad sobre el tema.

Nuestro sistema jurídico de derecho escrito no permite como los sistemas consuetudinarios, amoldar el derecho a los fenómenos sociales de aparición diaria, no contemplados en la ley escrita, por ser de reciente desarrollo social, y sólo después que éstos fenómenos sociales se han depurado a lo largo de su práctica reiterada, y luego de constituirse como uniformes en el ejercicio social, es que el derecho los contempla, bien para regularlos, permitiéndolos y contemplando la totalidad de sus situaciones o simplemente para prohibirlos, pero en todo caso, siempre después de mucho tiempo de práctica social.

Como cualquier fenómeno social de reciente aparición la inseminación artificial se encuentra en este momento histórico en esa etapa de práctica, no contemplada legislativamente, ni para permitirlo, ni para sancionarlo, no obstante

¹²³ PLASCOWE, Morris, "Your test tube baby maybe illegitimed", en *Law years Gullit review*. New York. 1948
Traducción Aely González Martínez.

la depuración social que ha tenido, a alcanzado ya una uniformidad en el ejercicio de las conductas que lo conforman, y naturalmente su reiterada práctica.

Es precisamente por haber alcanzado el grado máximo de depuración y la uniformidad que hoy en día tiene la inseminación artificial en nuestro medio, que se precisa su regulación legislativamente.

Es esa necesidad de la contemplación en el ordenamiento jurídico, de la regulación legislativa del fenómeno social estudiado que, considero debe ser de carácter permisivo, de manera que no debe ser prohibido por el ordenamiento legal, la realización de las conductas que componen el fenómeno social en estudio, no contrarían la estructura general de ordenamiento, sino también, por cuanto no asoma en el comportamiento desplegado en la práctica de la inseminación artificial, vistos de ilicitud o de amoralidad.

Los fines perseguidos por el fenómeno social en estudio, en todos los casos tiene un doble fundamento: dar hijos a quien naturalmente no puede concebirlos. Este móvil de la inseminación artificial, no puede ser catalogado en ningún momento como amoral o contrario a las buenas costumbres de la sociedad. Permitir la práctica de la inseminación artificial en seres humanos, impide que pueda recurrir la mujer en conductas socialmente reprobables, como son las relaciones sexuales fuera del matrimonio.

Si anteriormente se pretendía con la adopción dar hijos a quien naturalmente no los tiene, y hoy en día se modificó su concepción para darle como fundamento un acto de solidaridad humana: dar hogar a quien carece de él, con la inseminación artificial verdaderamente puede cumplirse el fin que anteriormente se perseguía con la adopción. De permitirse la procreación (uno de los fines del matrimonio), de quienes responsablemente están en condiciones de

hacerlo, en la que haya cuando menos una relación biológica con uno de los protagonistas: la madre.

En la actualidad, la falta de legislación sobre la inseminación artificial representa para el mundo entero un grave problema, pues algunos países como Estados Unidos, Francia, Canadá, Suecia, Gran Bretaña, han tenido que resolver casos que se han sometido a su consideración sin base legal alguna.¹²⁴ Sin embargo, los abogados, legisladores y jueces se encuentran perplejos ante realidades para las cuales el derecho no tiene respuesta. Existe un corriente de pensamiento que postula como la mejor solución el silencio de la ley, es decir, dejar que sea la conciencia de cada individuo la que regule sus situaciones personales en el terreno de la procreación. Esta corriente rige especialmente en Francia. A nuestro juicio no es aceptable porque los conflictos surgidos entre los particulares llegan a los tribunales.

Estados Unidos, representa un ejemplo fehaciente, y un juez no puede dejar de fallar por oscuridad en la ley; éste es un principio cardinal de "hermeneútica jurídica, establecido por el Artículo 18 del código civil para el Distrito Federal, el cual dice: "el silencio, oscuridad, insuficiencia de la ley no autoriza a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia".

En 1954 Ernesto Gutiérrez y González manifiesta en su libro "El Patrimonio" que inicia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la enseñanza de este tema. Trataré el tema insistiendo en que debe iniciarse la reforma a la ley y al derecho por lo que respecta a la inseminación artificial en seres humanos, en donde debe el legislador pensar en los problemas, que de presentarse en la actualidad, quedarían sin solución legal adecuada, por lo

¹²⁴Arte de interpretar.

¹²⁵IN GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, El Patrimonio Op. Cit. P. 107

que hay que prevenir las consecuencias sociales que se originan con la nueva técnica llamada inseminación artificial en seres humanos.

Las leyes no están siempre redactadas de manera clara y precisa y no han podido prever todas la situaciones que se presentan en la práctica.

De ahí resulta que hay para el jurista, muchos puntos oscuros controvertidos. Los autores tienen entonces por misión la de proponer soluciones para esas dificultades. Pero hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico, sino, un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas."¹²⁵

Para entrar en el análisis del tema que nos ocupa, debemos tener en cuenta el silencio de la mayoría de los códigos a éste respecto, excepto la Ley General de Salud; no pretendo que se modifique el derecho vigente, sino que se adecúe el método inseminatorio al derecho de familia tradicional y, donde exista laguna legal, se complemente a efecto de que la norma regule la práctica inseminatoria.

Pasaremos a analizar los preceptos de nuestra legislación, sobre el particular.

El legislador de 1928 no tomó en cuenta la nueva técnica biológica, a pesar de que en otros países ya se practicaba regularmente y omitió reglamentarla, no imaginó las consecuencias que se avecinaban con la realización de la Inseminación artificial.

¹²⁵ FLORES GÓMEZ, Fernando y CARVAJAL MORENO, Gustavo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano .Ed. Porrúa, México D.F. 1978 P. 63

**a) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS
MEXICANOS**

Como fundamento jurídico, de la inseminación artificial en nuestro país, los tratadistas, maestros y estudiosos del problema, suelen invocar el Artículo 4 constitucional, segundo párrafo publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 3 de febrero de 1983, que a la letra dice:

"Artículo 4º.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos."

Este párrafo contiene el Derecho individual y la garantía de libertad que tiene toda persona de procrear y como derecho social, la planeación familiar, derecho que es otorgado a cada persona, por lo que se considera un derecho humano.

Este precepto puede entenderse en un doble sentido: por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal; permite hacer uso de las medidas de anticoncepción que cada quien libremente determine, según sus convicciones. Pero por el otro, sienta un principio permisivo para quien decida tener hijos.

De la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona-titular del derecho acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o maternidad.¹²⁸

Las personas tienen derecho a decidir de manera libre, es decir, sin presión externa, sin coacción de otra persona o del estado, sobre el número o

¹²⁸ GARCIA MENDIETA, Carmen, Fertilización Extracorporea, Aspectos legales, Ciencia y tecnología, Nov.- Dic. 1988 No. 65 Año XI PP. 33,34

espaciamento de sus hijos. Pero esta decisión debe tomarse de manera informada, es decir, que debe ser con conocimiento propio.

El Artículo 4º.- constitucional se ha venido utilizando por las últimas administraciones públicas para agrupar dentro de él algunas condiciones y seguridades que el ser humano en libertad requiere como extensiones de su libertad física para desarrollarse conforme a su naturaleza dentro de una dignidad y bienestar, hasta la fecha se han distinguido éstos derechos; el derecho de vivienda digna y decorosa; la libertad de procreación; la protección de la salud; y los derechos de los menores; engendrar y multiplicar la especie. En esencia es un acto libre del ser, la procreación, que implica precisamente todo lo anterior, es una moderna garantía constitucional vigente de nuestro país.

Al respecto considero necesario adicionarle lo siguiente:

Artículo 4º.- Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamento de sus hijos, con o sin métodos artificiales.

Esto además de plasmar plenamente ésta garantía acorde a la situación real de nuestros tiempos, muchas mujeres se verán favorecidas y apoyadas, con la seguridad que les otorgaría nuestra ley fundamental.

b) CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Nuestro código civil para el Distrito Federal, no contiene normatividad alguna respecto a la inseminación artificial, no obstante que en el año de 1928, ya existía este procedimiento. Nuestro legislador no consideró el fenómeno social que implica la inseminación artificial, tal vez debido a que nuestra legislación era mínimo el problema, hasta la fecha, un problema social agudo.

El código civil, sigue regulando la procreación, por los medios naturales y esto ya no es posible, porque contravendría el Artículo 4º Constitucional, pues un derecho inherente a la persona, aún cuando afecte a la pareja; porque si nuestra ley fundamental lo prevé y acepta, el ordenamiento secundario citado no lo considera.

Las leyes no están redactadas de manera clara y precisa, sino al contrario, que hay oscuridad en la ley. Hay que recordar que la doctrina no representa ningún valor jurídico, sino un mero valor intelectual auxiliar en la aplicación e interpretación de las normas.¹²⁷

En el capítulo relativo a los requisitos para contraer matrimonio, en su Artículo 147 del código civil, dispone: "cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta." Se desprende de lo anterior que, tradicionalmente, la procreación se entendió como una de las finalidades del matrimonio, por lo que cualquier contravención a lo anterior, es nula y no lo podrá hacer un cónyuge contra el otro.

Interpretando a contrario sensu el precepto legal invocado, tenemos que, cualquier condición a favor de la perpetuación de la especie, se tendrá por si puesta, es decir, válida, en todo caso incluyendo los métodos artificiales. A mayor abundamiento, el artículo décimo del ordenamiento anteriormente señalado, interpretado igualmente a contrario sensu, se menciona: para la observancia de ley se puede alegar práctica a favor.

Consecuente a lo anunciado, la práctica de la inseminación artificial en seres humanos es válida y se deberá admitir para dar cumplimiento a uno de los fines del matrimonio, como lo es la perpetuación de la especie.

¹²⁷ FLORES GOMEZ Fernanda y CARVAJAL MORENO Gustavo, Op Cit. P. 33

Asimismo, se pueden destacar algunos preceptos legales que son importantes y que por analogía podrían aplicarse al caso que presentara alguna controversia originada por los nuevos procedimientos de inseminación artificial.

Uno de los principios más importantes para el derecho, es el que señala el Artículo 18 de código civil para el Distrito Federal "un juez no puede dejar de fallar una controversia por falta u oscuridad de la ley." Este faculta al juez a recurrir a los principios generales del Derecho, y por supuesto a la analogía (artículo 19 código civil).

La filiación se regula en base a determinados principios, tales como:

El vínculo de la filiación entre el hijo y su madre, es decir, la maternidad se establece y prueba por el parto, que es un hecho patente; pero ¿que sucedería si se diera el caso del desarrollo en tubo de laboratorio?, es decir, que tanto la inseminación como el desarrollo total del producto se llevaron a cabo fuera del útero materno, que se realizara en un laboratorio, no habría parto, entonces ¿cómo se prueba en éste caso la maternidad?. En este caso se rompería el presente principio.

Puede darse también el caso de la transferencia de los ovocitos fecundados de una mujer al útero de otra o llevarse a cabo la inseminación por métodos artificiales, utilizando el óvulo de una mujer e implantándose a otra y en ambos casos, aunque exista el parto, la mujer que da a luz no es biológicamente la verdadera madre, por tanto el parto no es una prueba determinante. Todo nacimiento es necesariamente producto de la cópula física entre hombre y mujer. Este principio resulta obsoleto, debido a que no da cavidad a la inseminación por métodos artificiales.

Respecto a la paternidad, existe la presunción de que el hijo que nazca de mujer casada tiene por padre al marido, y ésta presunción constituye la base de la noción de paternidad en nuestro derecho, la cual sólo puede ser impugnada por el esposo, en base a lo establecido en el artículo 325 del código citado, esto trae como consecuencia que en un momento dado, el esposo que utiliza junto con su cónyuge los métodos artificiales para procrear, puede desconocer al hijo, probando que no tuvo acceso carnal con su esposa. Por tanto el contacto sexual no podemos considerarlo determinante respecto a la paternidad y el artículo mencionado, no operaría en este caso, porque si se practicó la inseminación por métodos artificiales, el marido debería probar que la inseminación fue heteróloga y sin su consentimiento.

Así mismo considero conveniente reformar y adicionar, el Artículo 324, 325, y 334 II párrafo. Que dicen:

Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

I.- Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, incluyendo a los hijos gestados mediante inseminación artificial heteróloga, siempre y cuando medie por escrito el consentimiento expreso del marido.

II.-...

III.- Los hijos nacidos después de trescientos días a la disolución del matrimonio, aún cuando hayan sido concebidos por inseminación artificial homóloga o heteróloga, siempre que el marido no haya revocado su supuesto consentimiento por escrito.

Artículo 325.- Contra ésta presunción no se admite otra prueba que la 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, así como también que el marido pruebe que su mujer fue inseminada artificialmente en forma heteróloga, sin su consentimiento.

Artículo 334.- Si la viuda, la divorciada o aquella cuyo matrimonio fuere declarado nulo, contrajera nuevas nupcias dentro del período prohibido por el Artículo 158, la filiación del hijo que naciere después de celebrado en nuevo matrimonio, se establecerá conforme a las reglas siguientes:

I.- ...

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

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se le atribuye o que se lleve a cabo la inseminación por métodos artificiales de forma heteróloga y sin su consentimiento.

Ahora bien, respecto a la legitimidad de un hijo nacido por inseminación a través de métodos artificiales, tratándose de la inseminación homóloga no hay problema debido que se lleva a cabo entre los cónyuges, con hijo nacido dentro de los términos legales. El problema radica en caso de la inseminación heteróloga en mujer casada. Al respecto el Artículo 466 de la Ley General de Salud, expresa que comete delito la persona que sin consentimiento de una mujer o cuando ésta no se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales o fuese menor de edad, realice en ella inseminación artificial; asimismo, establece que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento, al respecto, sin la conformidad de su esposo.

En el caso de la inseminación heteróloga en mujer casada, el hijo nacido por este procedimiento, es indubitable que será hijo de matrimonio; es decir, el hijo será atribuido al esposo de la madre, y aunque el esposo demostrara la existencia de inseminación artificial sin su consentimiento, y aunque obre prueba hematológica que manifestara la incompatibilidad de grupos sanguíneos con el supuesto hijo, para la ley carecería de relevancia jurídica y dicho esposo es el

padre de ese hijo y se encontrará sujeto a las obligaciones y tendrá los derechos derivados de la paternidad. Lo anterior con apoyo y fundamento con lo establecido en el Artículo 326 del código civil para el Distrito Federal, es decir, para que el hombre pueda impugnar la paternidad del hijo dado a luz por su esposa, la ley le permite basarse y probar solamente una situación: el hecho de que no haya tenido acceso carnal con su esposa durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento; debido que ni aún en el caso de adulterio se podrá desconocer al hijo, excepto si se oculto el nacimiento.

Lo anterior no es correcto y pienso que el esposo tiene derecho a desconocer al hijo nacido por inseminación artificial heteróloga, de la cual no estuvo de acuerdo o ni siquiera se enteró o tuvo conocimiento. Al respecto, debe haber una adición en el Artículo 326 prohibiendo dicha situación, quedando de la siguiente manera:

Artículo 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 o que demuestre fue heteroinseminada, sin que mediara su consentimiento.

Artículo 327 Bis.- El marido no podrá desconocer al hijo nacido mediante inseminación artificial, después del término que alude el Artículo anterior, si no ha retirado su consentimiento por escrito.

Artículo 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento, excepto en el caso de la inseminación por métodos artificiales con desarrollo total del producto en tubo de laboratorio, en cuyo caso, se establecerá por reconocimiento voluntario de la mujer, cuyo óvulo fue fecundado o por sentencia declare la maternidad.

Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Ahora bien, ¿qué acontece respecto al donante del esperma? ¿puede en un momento dado reclamar su paternidad?, ¿puede el hijo investigar en éste caso la paternidad?. Resulta que la ley permite la investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera del matrimonio, de acuerdo a determinados supuestos que prevé el Artículo 382 del código civil: uno de esos supuestos es el que se establece en la fracción cuarta donde menciona que cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre, dicho principio de prueba puede ser el testimonio del médico y del personal que participó en el procedimiento, las constancias de archivo de la clínica o laboratorio, prueba hematológica, etc. Si a partir de éste principio de prueba el hijo puede determinar en forma indubitable al autor del embarazo de su madre, éste sería legalmente declarado padre, con las consecuencias jurídicas de la filiación, debido que en nuestro país no hay disposición que proteja el anonimato del donante del semen y que lo libere de responsabilidades; es otra laguna jurídica que debería atenderse.

Respecto a que el donante puede reclamar paternidad, el Artículo 374 del código civil vigente, dispone que el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como un hijo de otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado como hijo suyo. Es decir, el marido primero necesita desconocer su paternidad, basándose en que no tuvo acceso carnal con su esposa, una vez demostrado lo anterior y que cause sentencia ejecutoria.

Artículo 374.- El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo, exceptuando al donador de esperma el cual nunca podrá reconocer al hijo de una mujer inaeiminada artificialmente con su semen.

Ahora bien, otra situación que ya comentábamos, es el caso de la madre subrogada, es decir, una mujer presta su útero hasta el momento de dar a luz y entrega al hijo a la pareja cuya mujer es estéril. Lo anterior no está legalmente permitido, incluso el Artículo 277 del Código Penal en su fracción I establece que impondrá cierta sanción a quien atribuya un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre. Por tanto, deducimos que éste tipo de Contrato, por así decirlo, sería inexistente jurídicamente y por ella la madre sería aquella que lo lleve en el vientre y que lo dé a luz.

¿Qué pasaría en el caso de que por llevar a cabo un experimento científico se utilizaran ambos donantes?, es decir, tanto el hombre como la mujer, para llevar a cabo una inseminación por métodos artificiales con desarrollo total en tubo de laboratorio, y ambos donantes fueran anónimos, se ignoraría quienes son los progenitores de ese niño, ¿cómo se establecería la filiación?, ya que sería como en el caso de los donadores de sangre, que a quien se le realiza la transfusión ignora de que persona proviene la sangre. Sería difícil determinar la filiación en ésta situación, puesto que se requeriría de una exhaustiva investigación y recopilación de ciertas pruebas.

El Artículo 267 del código civil para el Distrito Federal establece: "son causales de divorcio en sus fracciones:

I El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges, no considerándose como tal a la inseminación artificial heteróloga.

VI se tomó en cuenta la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, no considerando los métodos artificiales.

Considero que se debe hacer tres adiciones a éste Artículo, donde se mencione lo siguiente:

XIX.- En el caso de que la esposa se someta voluntariamente a la inseminación artificial heteróloga, sin el consentimiento expreso de su esposo y el hecho de que conciba durante el matrimonio un hijo sin el consentimiento de él, por éste procedimiento.

XX.- En el caso de que el marido done su esperma para inseminar a otra mujer, sin el consentimiento expreso de la esposa.

XXI.- En el caso de que el marido insemine a su cónyuge aún cuando se trate de su propio esperma, sin el consentimiento de ésta.

Aparte considero que en el Artículo 156 del código civil donde menciona los impedimentos para celebrar el contrato del matrimonio, se debe suprimir la fracción VIII que se refiere a la impotencia incurable para la cópula pues con el avance que ha experimentado la medicina, pudiera ser que la persona impotente procreara por los métodos de inseminación artificial y que el futuro cónyuge estuviera de acuerdo.

Artículo 162.- "Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente."

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Considerando las formas de procreación natural y artificial. Por lo que toca al matrimonio, éste derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Podemos concluir que es una necesidad esencial legislar en materia de Inseminación artificial y adecuar el código civil vigente a tal figura.

c) LEY GENERAL DE SALUD

Al analizar la forma en que es regulada la inseminación artificial en la especie humana, a la luz de la Ley General de Salud, cabe señalar que: ésta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 7 de febrero de 1994, e iniciando su vigencia a partir del 1º de julio del mismo año.

El ordenamiento antes citado, derogó el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos del 26 de febrero de 1973, publicado en el Diario Oficial el 13 de marzo de dicho año, código que en ninguno de sus Artículos contempló la inseminación artificial en seres humanos.

Por otra parte, el derecho que todo individuo tiene a la salud, el legislador lo elevó a rango constitucional, como se desprende el Artículo 4º de nuestra carta magna y del Artículo 1º de la ley reglamentaria de aquél; de éste ordenamiento establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios a la salud y concurrencia de la federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Siendo de aplicación en toda la república y sus disposiciones son de orden público e interés social.

Artículo 2º.- "El derecho a la protección a la salud tiene las siguientes finalidades:

- El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades;**
- La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana;**
- El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud."**

Entendiéndose por servicios de salud todas aquellas acciones realizadas en beneficio del individuo y de la sociedad en general, dirigidas a proteger

promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad así lo establece del Artículo 23 de ley antes mencionada.

De lo anterior se desprende que si un individuo a efecto de impotencia o esterilidad de su cónyuge, y existiendo previo acuerdo de voluntades, manifiestan su consentimiento por escrito, pueden someterse al tratamiento de inseminación artificial, ya sea homóloga o heteróloga dado el caso en concreto.

En su Artículo Séptimo se establece que la coordinación del Sistema Nacional de Salud estará a cargo de la Secretaría de Salud y en su fracción:

XIII.- Impulsar la actividad científica y tecnológica en el campo de la salud.

De éste Artículo sabemos claramente que a la Secretaría de Salud le corresponde también el impulso en la investigación en el campo de la procreación artificial.

Por cuanto hace a la materia de salubridad general; la ley antes anotada se encarga de la coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos.

Al respecto considero, que es válida la práctica de la inseminación artificial en seres humanos al tenor de la legislación mexicana, en términos de lo anotado en el artículo 98 del ordenamiento invocado que dice:

"En las instituciones de salud, bajo la responsabilidad de los directores o titulares respectivos y de conformidad con las disposiciones aplicables, se constituirán: una comisión de investigación; una comisión de ética, en el caso de que se realicen investigaciones en seres humanos, y, una comisión de bioseguridad encargadas de regular el uso de técnicas de ingeniería genética."

Dentro de tales técnicas de ingeniería genética encontramos la inseminación artificial en seres humanos.

Tanto si bien es cierto que existe permisibilidad de la investigación para la salud, también lo es que, dicha investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases:

I.- Deberá adaptarse a los principios científicos y éticos que justifican la investigación ética, especialmente en lo que se refiere a su posible contribución a la solución de problemas de salud y al desarrollo de nuevos campos de la ciencia médica;

II.- Podrá realizarse sólo cuando el reconocimiento que se pretenda producir no pueda obtenerse por otro método idóneo;

III.- Podrá realizarse sólo cuando exista una razonable seguridad de que no expone a riesgos ni daños innecesarios al sujeto de experimentación;

IV.- Se deberá contar con el consentimiento por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, y de su cónyuge en el caso de unión matrimonial, una vez enterados de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud;

V.- Sólo se podrá realizar por profesionales de la salud en instituciones médicas que actúen bajo la vigilancia de las autoridades sanitarias competentes;

VI.- El profesional responsable suspenderá la investigación en cualquier momento, si sobre viene el riesgo de lesiones graves, invalidez o muerte del sujeto en quien se realice la investigación. Así lo señala la ley en su artículo 100.

En el título Décimo Cuarto de la Ley citada, relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, en su Capítulo I de las disposiciones comunes, el Artículo 313, estipula la competencia de la Secretaría de Salud para ejercer el control sanitario de la disposición de órganos tejidos y cadáveres de seres humanos.

Artículo 314.- Señala que se debe entender para efectos de tal ley por:

I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos: el conjunto de actividades relativas a la obtención, observación, utilización, preparación, suministro y destino final de los órganos, tejidos y sus derivados, incluyendo los de embriones y fetos, con fines terapéuticos de docencia o investigación.

V.- Embrión: el producto de la concepción hasta las trece semanas de gestación;

X.- Producto: Todo tejido o sustancia excretada o expedida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. (Se consideran en éste rubro los óvulos y el esperma);

XI- Destino final: La conservación permanente, inhumación o desintegración, en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.

Para efectuar la toma de órganos, y tejidos se requiere el consentimiento expreso y por escrito del disponente originario, libre de coacción física o moral, otorgado ante notario o en documento expedido ante dos testigos idóneos, y con

las demás formalidades que al efecto señalen las disposiciones aplicables (de acuerdo con la señalado por el Artículo 323).

Las personas y establecimientos que realicen actos de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, deberán contar con autorización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, en los términos de ésta ley y demás disposiciones aplicables.

Se considerará disposición ilícita de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, aquella que se realice en contra de la ley y el orden público.

La implementación de bancos tales como los de semen, tendrán que contar con la previa autorización de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, de acuerdo a la interpretación personal que se hace del numeral 329 de la ley en comento.

En relación con lo antes expuesto, en el Título Décimo Sexto relativo a las autorizaciones y certificados Capítulo I Artículo 368 que norma: la autorización sanitaria es el acto administrativo mediante el cual la autoridad sanitaria competente permite una persona pública o privada, la realización de actividades relacionadas con la salud humana, en los casos y con los requisitos y modalidades que determine ésta ley y demás disposiciones generales aplicables.

Para efectos de ley se entiende por certificado, la constancia expedida en los términos que establezcan las autoridades sanitarias competentes, para la comprobación o información de determinados hechos, (art. 388 de la ley de salud); la expedición de tales certificados son requisitos; primordiales para comprobar que una persona esta afectada de impotencia esterilidad, y por tanto es válida su actitud y consentimiento en inseminarse artificialmente, además que sugiere que tal expedición de certificado se haga constar que la impotencia o esterilidad que se padece sea desde cuando menos cinco años atrás y que no se

ha podido remediar por otro medio; y que se recurre al medio inseminatorio previo al apoyo psicológico a la persona afectada y a su cónyuge y que su matrimonio no cuenta con hijo alguno, siendo indispensable para su buen funcionamiento o integración plena el nacimiento de un menor, ya que cuentan con los medios económicos, culturales, sociales etc. Plenamente demostrables y bastantes para afrontar tal responsabilidad.

Artículo 466 de la Ley de Salud.- "Al que si consentimiento de una mujer y aún con su consentimiento, si ésta fuera 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 el embarazo se impondrá prisión de uno a ocho años."

La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.

Este precepto en su primer párrafo, tipifica un delito cuyo sujeto activo sería aquel que insemine artificialmente a una mujer sin su consentimiento, o a una mujer que no pudiese pronunciar consentimiento válido, por minoridad o incapacidad.

En cuanto al segundo párrafo; esa disposición constituye una de las llamadas normas "imperfectas" porque su incumplimiento carece de sanción. Las únicas sanciones previstas son meramente de carácter administrativo de acuerdo al Artículo 417 de la misma ley y aplicables al profesionalista que hubiese procedido a inseminar sin consentimiento del marido:

I.- Es amonestación con apercibimiento.

II.- Multa.

III.- Clausura temporal o definitiva.

IV.- Arresto por treinta y seis horas.

Como se observa, del análisis efectuado en los artículos constitutivos de la Ley General de Salud en ninguno de ellos se conceptúa o define la inseminación artificial en seres humanos o lo que debe entenderse por ella y mucho menos la situación legal de los menores así concebidos, creando así inseguridad jurídica al individuo que quieren hacer uso del método inseminante; dejando latente una gran laguna legal que el legislador actual debe colmar.

En el Artículo 17 de la Ley General de Salud, establece la competencia del consejo en la siguiente forma:

ARTICULO 17.- Compete al consejo de Salubridad General.

I. Dictar medidas contra el alcoholismo, venta y producción de sustancias tóxicas así como las que tengan por objeto prevenir y combatir los efectos nocivos de la contaminación ambiental en la salud, las que serán revisadas después por el congreso de la unión, en los casos que le competan.

II. Adicionar las listas de establecimientos destinados al proceso de medicamentos y la de enfermedades transmisibles prioritarias y no transmisibles más frecuentes, así como la de las fuentes de radiaciones ionizantes y de naturaleza análoga;

III. Opinar sobre programas y proyectos de investigación científica y de reformatión de recursos humanos para la salud.

IV. Opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud;

V. Elaborar el cuadro básico de insumos del Sector Salud.

VI. Participar en el ámbito de su competencia en la consolidación y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud;

VII. Rendir opiniones y formular sugerencias al ejecutivo federal, tendientes al mejoramiento de la eficiencia del Sistema Nacional de Salud y al cumplimiento del programa sectorial de salud;

IX. Las demás que le correspondan conforme a la fracción XVI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al respecto considero reformar las siguientes fracciones:

II....

ii.- BIS.- adicionar a las listas de las instituciones dedicadas a bancos de semen, conservación de óvulos, preembriones y embriones, a las transportadoras de los mismos así como a las que se dediquen a la importación de tales componentes.

IV. opinar sobre el establecimiento de nuevos estudios profesionales, técnicos, auxiliares y especialidades que requiera el desarrollo nacional en materia de salud; estableciendo los criterios prioritarios e fomentar en tales estudios.

X. En los casos que se pretende llevar a cabo un procedimiento de Inaeminación artificial, en cualquiera de sus formas y el médico o equipo responsable se nieguen a efectuarla, se podrá recurrir a este consejo, interponiendo Inconformidad y solicitando la revocación de tal decisión.

d) LEY GENERAL DE POBLACION

Esta ley fue publicada en el Diario oficial el 7 de enero de 1974 y en su capítulo I denominado objeto y atribuciones, en su Artículo 3º establece:

Para los fines de la ley, la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará o en su caso promoverá ante las dependencias competentes, las medidas necesarias para:

"II.- Realizar programas de planeación familiar a través de los Servicios Educativos y de Salud Pública que disponga el Sector Público, y vigilar que dicho programas y los que realicen organismos privados se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el aprovechamiento de los recursos humanos del país."

En este precepto se faculta a la Secretaría de Gobernación para realizar programas de planeación familiar, a través de los Servicios Educativos y de Salud Pública del Sector Público y vigilar los que realizan los organismos privados, debiendo respetar los derechos fundamentales del hombre y la familia y será el Consejo Nacional de Población quien tendrá a su cargo éste programa.

Artículo 3º.- Para los fines de la Secretaría de Gobernación dictará y ejecutará y en su caso promoverá ante las dependencias competentes, las medidas necesarias para:

I.- ...

II.- Realizar programas de planeación familiar, incluyendo los métodos de la inseminación artificial, a través de los servicios educativos y de salud pública que disponga el sector público y vigilar que dichos programas y los que organicen organismos privados se lleven a cabo con absoluto respeto a los derechos fundamentales del hombre y preserven la dignidad de las familias con el objeto de regular racionalmente y estabilizar el crecimiento de la población, así como lograr el aprovechamiento de los recursos humanos del país.

Esta reforma es con el objeto de adecuar la presente ley a la reforma que propongo en la Constitución.

En el reglamento de la ley General de Población en su Artículo 19 se estableció:

Los programas de planeación familiar son indicativos por lo que deberán proporcionar información general e individualizada sobre sus objetivos, métodos y consecuencias, a efecto de que las personas estén en aptitud de ejercer con responsabilidad el derecho a determinar el número y espaciamiento de sus hijos. También se orientará las causas de infertilidad y los medios para superarla.

Ahora bien, respecto a este Artículo considero que debe de quedar de la siguiente forma:

ARTÍCULO 19 de la Ley de Población .- Los programas de planeación familiar son indicativos por lo que deberán proporcionar información general e individualizada sobre sus objetivos, métodos y consecuencias, incluyendo así mismo los métodos de la inseminación artificial, a efecto de que las personas estén en aptitud de ejercer con responsabilidad el derecho a determinar el número

y espaciamiento de sus hijos. También se orientará las causas de infertilidad y los medios para superarla.

En la información que se imparta no se identificará la planeación familiar con el control natal o cualesquiera otros sistemas, que impliquen acciones apremiantes o coactivas para las personas que impidan el libre ejercicio del derecho a que se refiere el párrafo anterior.

Este precepto claramente hace referencia sobre las causas de infertilidad y los medios para superarla, de donde se infiere que se esté refiriendo a los tratamientos médicos y al sistema de inseminación artificial.

El Artículo 21 de la Ley de Población señala:

La información, salud, educación y demás servicios relativos a los programas de planeación familiar, serán gratuitos cuando se han prestado por dependencias y organismos del sector público.

Artículo 22 de la Ley de Población preceptúa:

"Los programas de planeación familiar informarán de manera clara y llana sobre los fenómenos demográficos y las vinculaciones de la familia con el proceso general de desarrollo e instruirán sobre los medios permitidos por las leyes para regular la fecundidad."

Estos Artículos se refieren a la educación e información sobre planificación familiar y los beneficios que genere la decisión libre responsable del número y espaciamiento de los hijos y así mismo el estudio de los problemas de salud que provoca la infertilidad, y los medios para resolverla y que éstos servicios prestados por instituciones públicas; deberán ser realizados a través de programas

permanentes, que la persona deberá decidir libremente sobre la utilización de los mismos.

Artículo 24 de la Ley de Población dice.-

La educación e información sobre planeación familiar, deberá dar a conocer los beneficios que genera decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, demorar la procreación del primero, concebir el último durante edades propicias para una saludable gestación.

De igual forma considero que éste Artículo debería quedar de la siguiente forma:

Artículo 24.- La educación e Información sobre planeación familiar, incluyendo así mismo los métodos de la inseminación artificial, deberá dar a conocer los beneficios que genera decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos, demorar la procreación del primer, concebir el último durante edades propicias para una saludable gestación.

Si bien éste reglamento no especifica claramente la existencia de los métodos de procreación artificial.

De lo anterior podemos deducir que la planeación familiar, no sólo se reduce a los métodos anticonceptivos, sino ésta también se refiere a las parejas de infertilidad, y como consecuencia al empleo de los métodos científicos válidos para resolverla.

Para concluir en el análisis del tema que, debemos tener en cuenta el silencio de la mayoría de los códigos a éste respecto, excepto la Ley General de Salud.

No pretendo que se modifique el derecho vigente, sino, que se adecue el método inseminatorio al derecho de familia tradicional y donde existe laguna legal, se complemente a efecto de que la norma regule la multiplicidad práctica inseminatoria. Tal es el caso de lo establecido en nuestra carta magna en su Artículo 4 que establece:

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

Este precepto puede entenderse en un doble sentido:

Por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal; permite hacer uso de las medidas de anticoncepción que cada quien libremente determine, según sus convicciones, pero por el otro, sienta un principio permisivo para quien decide tener hijos.

De la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona titular del derecho acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad y maternidad.

A efecto de no persistir en cuanto a la duda de qué quiso decir el legislador cuando señala "de una manera informada" considero que se aclare en la misma norma, que en éste caso se refiere al adelanto de la ciencias; o bien en la ley reglamentaria del aludido artículo.

2.- DERECHO COMPARADO

Diversos autores han escrito sobre la inseminación artificial humana, y consideran que es un aspecto nuevo no previsto en la legislación.

Suecia, presentó ante su parlamento un proyecto de ley desde 1953 que concede autorización administrativa para la práctica de la inseminación artificial; los Estados Unidos, Francia e Inglaterra también ha desarrollado proyectos legislativos tendientes a reglamentar éste nuevo método de procreación, debido al hecho de que su práctica ha comenzado a convertirse un hecho común y corriente e inclusive a llegado a considerarse actualmente ya en algunos casos como un conducta relevante, el legislador mexicano al constituir el código civil vigente, no consideró el fenómeno social que implica la procreación humana, tal vez debido que en nuestra nación su práctica es mínima y no ha significado hasta la fecha un problema social agudo, pero en México la única disposición legal a éste respecto se encuentra en la Ley General de Salud.

a) LEGISLACION DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMERICA

Tal vez el único reglamento relativo a la inseminación artificial, es el "Código Sanitario" del estado de New York, que contiene importantes aportaciones que a continuación se menciona:

Reglamento 1.- La persona ha quien se le haya de colectar el fluido seminal con el propósito de inseminación artificial humana, tendrá un examen fisico completo, con atención particular a los órganos genitales en el momento de tomar dicho fluido seminal.

Reglamento 2.- Dicha persona tendrá un examen sexológico standard de sífilis, prueba y cultivo para detectar gonorreas; no menos de una semana antes que dicho fluido seminal sea obtenido.

Reglamento 3.- Ninguna persona que padezca de cualquier enfermedad venérea: tuberculosis o infección, será usado como donante del fluido seminal con el objeto de la inseminación artificial.

Reglamento 4.- Ninguna persona que tenga defectos o enfermedades conocidas como transmisibles por los genes, será usada como donante del fluido seminal con el objeto de la inseminación artificial humana.

Reglamento 5.- Antes que la inseminación humana se lleve a cabo, ambos, el donante propuesto, y el receptor propuesto serán sometidos a un examen de sangre con respecto al factor RH en un laboratorio aprobado para sexología por la junta o comisión de salubridad. Si el propuesto recipiente del factor RH; el semen no será usado para la inseminación artificial al no ser por un donante de fluido seminal cuya sangre también sea negativa a este factor.

Reglamento 6.- Donde la inseminación artificial sea efectuada, el médico efectuando la misma mantendrá un récord que mostrará los siguientes datos:

- a) el nombre del médico.
- b) el nombre y el domicilio del donante.
- c) el nombre y domicilio del receptor.
- d) los resultados del examen físico y los resultados del examen sexológico, incluyendo la pruebas del factor RH.
- e) la fecha de la inseminación artificial.

Estos datos serán tomados como confidenciales y las carpetas en donde están contenidos no serán abiertos a inspección del público o por cualquier otro

individuo más que la comisión de salubridad, un representante autorizado del departamento de salubridad, y otra persona semejante que pueda ser autorizada por la ley para inspeccionar dicho récord; el cuestionante de éstos récords mencionados, la comisión o cualquier otra persona autorizada. Por la ley para inspeccionar los mismos, no divulgará ninguna parte de los récords para descubrir la identidad de las personas a quien relacionan, exceptuando cuando sea propuesto por la ley.¹²⁸

b) LEGISLACION ESPAÑOLA

Miguel Angel Soto menciona en su libro una publicación que señala la fecha en que se autorizó una ley en España relacionada con la inseminación y que me permito transcribir: "Una nota periodística del 21 de octubre de 1988, describía escuetamente una ley de extraordinaria trascendencia para España y el mundo. Decía ayer definitivamente quedó aprobada, la *ley de técnicas de reproducción asistida* creación del Diputado Marcelo Palacios.

Esta ley, asegura que su finalidad fundamental, es la actuación médica ante la esterilidad humana, cuando otros procedimientos son ineficaces."¹²⁹

"El Diputado Marcelo Palacios destacó: la ley no obliga, sino se pone al servicio de la sociedad y de la ciencia."¹³⁰

Esta ley fue publicada en el boletín oficial de las Cortes Generales, sección de Congreso de los Diputados III legislatura de fecha 31 de octubre de 1988.

Esta ley tiene las siguientes características fundamentales:

¹²⁸ BERGERS STENDER, Jaime. La Inseminación Artificial, Estudio del Derecho Comparado; Escuela de Derecho. Ed. Institución Cusutatahuac, México, Tijuana, B.C.N. Enero 1975 PP. 9,10

¹²⁹ SOTO DE LA MADRID, Miguel Angel Op. Cit. P.448.

¹³⁰ Ibidem. Op. Cit. P. 550

Artículo 1º AP.1 "la presente ley regula las técnicas de reproducción asistida humana, la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la fecundación in vitro con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos, cuando estén científicamente y clínicamente indicadas que se realicen en establecimientos sanitarios y científicos autorizados y acreditados, por los equipos especializados."

Artículo 1º AP. 2 "las técnicas de reproducción asistida tiene como finalidad fundamental la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas e ineficaces."

Artículo 1º AP. 3 "éstas técnicas podrán utilizarse también en la prevención y tratamiento de enfermedades genéticas o hereditarias, cuando sea posible recurrir a ellas con suficientes garantías diagnósticas y terapéuticas y estén estrictamente indicadas".

Artículo 2º "cuando haya posibilidades razonables de éxito y no suponga riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. Deberá aplicarse únicamente a mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, lo que implica un reconocimiento psiquiátrico previo"

Artículo 2º AP. 2 "es obligada una información de asesoramiento suficiente ha quienes deseen recurrir a éstas técnicas o sean donantes sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles a las técnicas así como los resultados y los riesgos previsibles. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacione con las técnicas y será responsabilidad de los equipos médicos y de los responsables de los centro o servicios sanitarios donde se realicen.

La mujer que desee utilizar estas técnicas de reproducción asistida deberá ser informada de los posibles riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada."

Artículo 2º AP. 5 "el procedimiento deberá llevarse a cabo partiendo de la elaboración de historias clínicas individuales, en las que se recojan todos los datos necesarios y que además estas historias clínicas se traten con las reservas exigibles y con estricto secreto de la identidad, no sólo de los donantes, sino de la esterilidad de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos".

Artículo 3º "se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto de la procreación humana."

Artículo 4º "se transferirán al útero el número de preembriones considerados científicamente como los más adecuados para asegurar razonablemente el embarazo."

Artículo 5º AP. 1 "la donación de gametos y preembriones para los fines de la ley, es un contrato gratuito formal y secreto, concertado entre el donante y el centro autorizado"

Artículo 5º AP. 5 "la donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante, en el más estricto secreto y en clave en los bancos respectivos y el registro nacional de donantes."

Artículo 5º AP. 6 "el donante deberá tener más de 18 años y plena capacidad para obrar, agregando que su estado psicofísico deberá cumplir los términos de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes, aquí tendrá el carácter de general e incluirá las características fenotípicas del donante y con

prohibición de que no padezca de enfermedades genéticas hereditarias o infecciosas transmisibles."

Artículo 5° AP. 7 "el registro nacional de donantes es para que en conjunto, los centros autorizados adopten medidas oportunas y vigilen que de un mismo donador nazcan más de seis hijos para evitar el incesto."

Artículo 6° "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las mismas (técnicas), siempre que fuera mayor de 18 años y tenga capacidad para obrar plena y que su consentimiento lo realice consciente, expresa y por escrito. "

Artículo 6° AP. 5 "la donación del donante es responsabilidad de equipo médico que va aplicar la técnica de reproducción asistida y que además deberá garantizar que éste tiene la misma similitud fenotípica inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar."

Artículo 8° "la impugnación de la filiación matrimonial, el marido ni la mujer podrán hacerlo cuando haya dado su consentimiento expreso."

Artículo 9° "el marido podría consentir en escritura pública o testamento, que su material reproductor fuera utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer produciendo tal generación los efectos legales que se derivan a la filiación matrimonial."

Por lo que refiere a la maternidad subrogada, declaró nulo de pleno derecho el contrato por el que convenga la gestación, con o sin precio a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor de un contratante o de un tercero.

En España se precisa que la inseminación artificial no constituye adulterio al faltar la cópula carnal con una persona distinta al esposo, pero debe considerarse, una violación del dolor de fidelidad y un grave acto de desobediencia de la mujer. Pero si el marido prueba la infidelidad física de acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieran precedido al nacimiento de su hijo (Artículo 108 del código civil) la mujer podrá ser condenada por adulterio aún sin probarse la existencia del anonimato.

(Sentencia del tribunal supremo del 24 de octubre de 1984). Simplemente por la presunción de haberlo tenido con otro hombre, salvo que pruebe haberlo tenido por inseminación artificial.

c) LEGISLACION DE INGLATERRA

En éste país que por sus costumbres, morales, idioma, e idiosincrasia no se puede establecer una decisión definitiva entre lo legal y jurídico, como si se hace en los pueblos de derecho escrito. Y eso es precisamente la razón; en Inglaterra priva el derecho consuetudinario en donde fuera de sus libros de casos y sus precedentes el derecho no se encuentra recopilado en forma de ordenamientos al estilo código observado en los pueblos de extracción romana; de ahí que, el problema de la inseminación artificial, no viene a poner en crisis tanto a las leyes inglesas cuanto las personas que razón de la judicatura, deben resolver los problemas que se plantean. Tales como son los casos muy sonados "proceso Oxford" y "proceso Russel" en los cuales las autoridades judiciales dieron la solución de considerar culpable de adulterio en ambos casos a la mujer y al niño habido por medio ilegítimo, concluyendo en definitiva que " la fecundación pro-donador debe considerarse como adulterio."

Como podemos ver en éstos dos procesos, en éste pueblo va unido de la mano el legislador y el jurista. Sin embargo, es importante anotar que el

parlamento británico ya se ocupa del caso y como en la vida real y práctica, los jueces ingleses han dado solución al problema.

El pueblo inglés, eminentemente práctico, vio entre éstos aspectos importantes de la inseminación artificial en los seres humanos, el eugenésico, y de ahí precisamente que éste procedimiento haya encontrado franca acogida en la población británica, poniendo en crisis los conceptos clásicos que tienen del matrimonio e instituciones conexas.

d) LEGISLACION DE CANADA.

Cabe señalar, que los tribunales canadienses ya han tenido diversos casos relativos a la inseminación artificial, dada su cercanía al imperio británico, pero no obstante se encuentran en la misma situación que Inglaterra, es decir, a la fecha no han legislado sobre la materia, si bien existen diversos proyectos y por lo tanto, las resoluciones que emiten se apegan a las disposiciones del derecho común.

e) LEGISLACION DE DINAMARCA:

REGLAMENTO DANES:¹³¹

Artículo 1º.- Las disposiciones de ésta ley se aplicarán a la transmisión del semen a una mujer, con esperma tomada de un hombre que no es su esposo, cuando las transmisiones ocurren de modo distinto a la cópula.

Artículo 2º.- La inseminación sólo puede efectuarla un médico con conocimientos especiales en ginecología o un médico con autorización especial de las autoridades de salubridad.

¹³¹ Reglamento obtenido de la embajada de Dinamarca en México (versión fotocopiada) traducido por Enrique Vázquez Res.

La inseminación sólo puede tener lugar en hospitales del estado o municipales, junto con las instituciones curativas privativas especialmente autorizadas para ello. Las autorizaciones otorgadas por autoridades de salubridad también pueden ser revocadas, cuando la Institución implicada o sección de la institución cambie de médico en jefe.

Una autorización conferida de conformidad con la presente disposición puede retirarse en cualquier momento.

Artículo 3º.- La solicitud de inseminación debe presentarse por escrito al médico, la inseminación sólo puede efectuarse con el consentimiento de éste por escrito y en presencia del médico.

La inseminación puede ocurrir exclusivamente cuando la mujer que ha entregado la solicitud tiene mayoría de edad.

Artículo 4º.- La inseminación no puede hacerse cuando hay peligro inminente de que la criatura, a causa de una predisposición hereditaria continuara padeciendo una enfermedad mental, epilepsia o una seria enfermedad corporal.

La inseminación tampoco puede hacerse cuando la mujer y su esposo, a juicio del médico carecen de los medios para educar y cuidar a la criatura de un modo conveniente.

Si la mujer no está casada la inseminación sólo puede hacerse cuando puedan invocarse especiales motivos para ella, y que se encuentre que la mujer es completamente apropiada para educar a la criatura y cuidarla. En éste caso la inseminación en general, puede efectuarse después de haberlo consultado con el médico habitual de la mujer.

Las disposiciones del Artículo 3º también tienen distinta aplicación cuando la mujer es viuda, divorciada, separada o que no vive en común con su marido.

Artículo 5º.- El médico seleccionará al donante apropiado y competente a él encontrar medidas convenientes para evitar que la identidad de la mujer, del marido o del donante sean conocidas por las partes.

Cuando hay motivos especiales para ello, puede emplearse a un donante determinado que se mencione. La petición para ello puede presentarse de conformidad de las reglas que aparecen en el Artículo 3º, pero la solicitud puede presentarla uno de los cónyuges cuando haya una declaración escrita del otro, en el cual éste renuncia a reconocer la identidad del donante.

El donante no puede estar emparentado con la mujer en línea recta o descendiente, ni ser hermano, ni medio hermano.

Artículo 6º.- La criatura engendrada por la inseminación artificial en una mujer casada con consentimiento del marido tiene la misma posesión legal que un hijo de matrimonio.

La criatura nacida en el caso que se considera en el Artículo 1º, en el tiempo que pueda ser engendrada la inseminación, se considerará como engendrada así, a menos que se pruebe éste caso.

Las relaciones familiares legales entre la criatura y el marido de su madre, pueden mediante una declaración, ser abolidas por sentencia cuando se pruebe que son de importancia definitiva para la criatura que las tiene. Lo relativo a la suposición queda establecido por la criatura a si ésta es menor, por la madre, con el consentimiento de un tutor nombrado para realizar ésta tarea.

Artículo 7º.- El donante de semen que se emplea en la inseminación de conformidad con ésta ley, no tiene el deber de contribuir a sostener a la criatura ni a la madre y, por otra parte no hay relaciones familiares legales entre él y la criatura.

A parte del caso considerado en el Artículo 6º, el donante puede asumir la paternidad de la criatura y puede entonces establecerse un juicio de paternidad contra él.

Artículo 8º.- Por infracciones de las disposiciones del Artículo 2º, se castiga aquél que realiza la inseminación, con multa o encarcelamiento y prisión de un año.

Artículo 9º.- Toda persona debe guardar silencio respecto a lo que haya sabido respecto a una inseminación.

Artículo 10º.- Cualquiera que sin autorización de la ley revele lo que en el ejercicio de su profesión se entere de una inseminación, se castigará con seis meses de prisión.

7) LEGISLACION DE SUECIA¹³²

Suecia es considerada por algunos autores que ha sido uno de los países que se ha preocupado por el tema, siendo uno de los pioneros en hacer un proyecto, y señalan que un antecedente lo tenemos el 1º de marzo de 1985, como el primer país en el mundo con una legislación comprensible respecto a la inseminación artificial.

¹³² Reglamento obtenido de la embajada de Suecia en México (versión fotocopiada. Traducción Lizbeth Méndez Chávez

Acto Sueco de infertilización in vitro. (Ministerio de la salud y asuntos sociales 1988) el 8 de julio de 1988 el parlamento sueco, tomó parte en un decreto de fertilización in vitro, decretó que entró en vigencia el 1º de enero de 1989, basado en un proyecto de ley del gobierno acerca de la fertilización in vitro.

A continuación se presenta un resumen del proyecto y una descripción de la nueva legislación.

El nuevo decreto de fertilización in vitro da tratamiento de ésta naturaleza con la perspectiva de que en un futuro los niños sólo puedan ser concebidos para mujeres que estén casadas o que vivan una relación permanente y sólo con espermatozoides de sus esposos o que vivan maritalmente que el óvulo fertilizado fuera del cuerpo pueda ser sólo implantado en la mujer que le pertenece. Otra precondición es que el hombre dé su consentimiento por escrito para la fertilización, se rechaza la maternidad suplantada. El proyecto de ley del gobierno sólo se refiere a la fertilización in vitro como un remedio para la imposibilidad de tener hijos involuntariamente. Las discusiones acerca del uso de la fertilización de óvulo se tratarán en futuras ocasiones, cuando también la discusión acerca de la ética genética se considere.

Analizando tal ley debe comentarse que la fertilización in vitro implica la remoción de óvulos femeninos del cuerpo y después regresarlos a la matriz.

Existen diferentes formas posibles de fertilización in vitro. La forma sola de fertilización in vitro aplicada en Suecia, es la fertilización fuera del cuerpo de células, óvulo y espermatozoides de una pareja que está casada o que viven juntos permanentemente.

Otra forma es la fertilización de óvulo de una donadora con espermatozoides del marido de una mujer infértile. El huevo fertilizado es entonces implantado en la

matriz de ésta segunda mujer. Este tipo de fertilización se emplea en ciertos países.

Otra forma de fertilización fuera del cuerpo es fertilizar óvulos de una mujer con esperma de un donador y después implantarlo en el cuerpo de ella. Este tipo de fertilización se práctica también en ciertos países.

Además, también es posible, para ambos óvulos y espermias que provienen de donadores externos (práctica denominada adopción in vitro). El huevo fertilizado se implanta en la mujer que ha pedido un bebé. Este método también es utilizado en el extranjero.

Otra variante que se refiere a la maternidad suplantada normalmente implica a una mujer que ha sido fertilizada con un óvulo y/o esperma de la pareja que se hará cargo del niño después de nacer.

El niño nace de la madre suplente y se entrega a la pareja que lo ha pedido, frecuentemente con una respuesta de una gran cantidad de dinero.

La maternidad suplantada no ocurre en Suecia. La maternidad suplantada contradice los principios básicos de la ley Sueca existente. De ésta manera, una precondición esencial a fin que el procedimiento es factible, es que algunos otras personas tengan control del niño durante la gestación. Más aún, el procedimiento probablemente depende del contrato legal entre la pareja que solicita un niño y la madre suplente rechazando las regulaciones de adopción en curso.

La fertilización in vitro en una relación de pareja. Esta es aprobada en parejas que están casadas o que viven permanentemente juntos siempre y cuando se utilicen sus propias células, óvulos y espermias, y siempre y cuando ellos sean incapaces de tener hijos por medios naturales.

La donación de óvulo en la fertilización in vitro. La fertilización in vitro que implica un donador de óvulos, como tercera parte debe ser prohibida. La donación de óvulo no ocurre en Suecia. Se cree que un número pequeño de mujeres es ayudado a través de la fertilización in vitro con donación del óvulo de otra mujer. Esto sobre todo se aplicaría a las mujeres que son incapaces de producir células óvulo o que son portadoras genéticas de severas enfermedades hereditarias.

Congelamiento de óvulos fertilizados. Los óvulos fertilizados no deben ser almacenados en estado de congelación por más de un año.

El método de congelar óvulos fertilizados significa que sólo una operación quirúrgica se necesita para remover óvulos de la mujer. Una vez que los óvulos, de ésta manera removidos han sido fertilizados, algunos ellos se implantan en la matriz de la mujer. Los otros óvulos fertilizados son congelados para ser utilizados en un intento de fertilización posterior, en caso que en el primer intento falle. La técnica de congelación profunda significa también que los óvulos fertilizados tienen que regresarse a la mujer inmediatamente pero pueden ser implantados en una ocasión posterior, cuando la mujer no este recibiendo tratamiento hormonal. Las oportunidades que tiene los óvulos implantados que se tomaron en la matriz son levemente inferiores poco después del tratamiento hormonal.

Al respecto transcribo textual algunos artículos que dicen:

Sección 1

Este decreto se aplica a la fertilización del óvulo de una mujer fuera de su cuerpo, con el objetivo de la concepción de hijos.

Sección 2

Un óvulo fertilizado fuera del cuerpo de la mujer puede solamente ser implantado en su cuerpo si:

- 1.- La mujer esta casada o viviendo una relación permanente,
- 2.- El esposo o con quien vive maritalmente da su consentimiento por escrito y,
- 3.- Los óvulos son de la mujer y han sido fertilizados con espermias de su esposo o con quien vive maritalmente.

Sección 3

La fertilización in vitro sin el consentimiento del Consejo Nacional de Salud y Bienestar puede solamente ser realizada en los hospitales públicos.

Sección 4

Una persona que se opone a las secciones 2 ó 3 de éste decreto, habitualmente o con una perspectiva de beneficio personal, será multado o sentenciado a no más de seis meses de encarcelamiento.

COMENTARIO

Sobre el particular, me permito decir que en la actualidad no todos los países del mundo cuentan con una legislación al respecto, porque el programa tiene poco tiempo en su aplicación practica, lo que también significa que no es fácil de atender, sino por el contrario es un estudio que requiere de un análisis amplio y profundo lo que a los legisladores no les atrae la idea de estudiarlo para

legislarlo; lo que nos motivo a consultar la legislación de los principales países que se han atrevido a tocar el tema al contar con una reglamentación al respecto.

Es importante el esfuerzo que se ha realizado en las legislaciones de los diferentes países estudiados, sin embargo no existe una legislación uniforme al respecto, ya que el problema se atiende de conformidad a la cultura, moralidad e idiosincrasia en algunas veces del pueblo de sus gobernantes y de sus legisladores, estos dos últimos son los que toman la decisión de si se reglamenta el tema.

Existen diferentes estudios del tema, pero en su mayoría estos son de carácter científico, que sólo sirven a los profesionistas de la medicina.

En México pocos son los juristas que han escrito sobre el tema y sus efectos en el derecho civil, considerando necesario que el tema debe atenderse y reglamentarse. Para ello se requiere como ya lo mencione la voluntad de nuestros gobernantes; de especialistas en medicina, en derecho y principalmente de nuestros legisladores, a efecto de que se lleven a cabo mesas de trabajo para analizar el tema y se realice el proyecto de modificaciones a las diferentes legislaciones que pueden regular el tema.

De las legislaciones consultadas se puede apreciar que el tema lo han tocado en algunos países superficialmente, considerando por nuestra parte que es un tema que se debe analizar en toda su dimensión por el alcance social, científico y jurídico que representa.

El derecho civil no debe ser estático sino que debe actualizarse y modificarse en todo lo relativo a los efectos que produce la inseminación artificial en la figura jurídica de la filiación por el alcance impugnatorio que puede representar a los padres, en perjuicio de los derechos de los hijos.

Las legislaciones analizadas, pueden servir de referencia para proceder a legislar la materia, ya que de ellas se pueden tomar algunas cosas positivas, y que a nuestro criterio van de acuerdo con la costumbre e idiosincrasia de los mexicanos, y no dejar que los profesionistas de la medicina sigan actuando sin que tengan que observar una reglamentación especial del tema, y en la mayoría de los casos por ignorancia de los efectos que produce su trabajo en el campo del derecho.

Es necesario reconocer a los profesionistas de la medicina, que en la actualidad su avance científico, ha sido un éxito en beneficio de la sociedad y ha servido para acercar y estimular las relaciones de pareja en su vida conyugal, y por que no decirlo a traerles felicidad al otorgarles la oportunidad de tener su propio hijo. Toda vez que antes de este avance la única oportunidad que tenían era adoptando un niño.

De la legislación consultada me permito mencionar algunos puntos importantes que podrían ser tomados en cuenta para preparar las mencionadas modificaciones a la ley como son:

PARA LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS DIFERENTES TIPOS DE INSEMINACIÓN ESTUDIADOS: (donante y receptor)

- a) Realización de exámenes físicos, psiquiátricos, sexológicos, de sangre y defectos o enfermedades hereditarias.
- b) De un asesoramiento suficiente y obligado del tema y sus posibles consecuencias.
- c) Que se efectúe estudio socioeconómico a los solicitantes y esta no se realice cuando la mujer y su esposo, a juicio del resultado de la investigación económica carecen de los medios para educar y cuidar a la criatura de un modo conveniente.

d) Registro y secreto absoluto de los datos personales y domicilios del donante de esperma u óvulo; del receptor; de los exámenes que se les practiquen y de la fecha de la inseminación, información que deberá ser depositada en un Registro Nacional de Inseminación Artificial, y que sólo podrá ser consultada en los casos que la misma ley establezca y previo cumplimiento de ciertos requisitos.

e) Que el Registro Nacional de Inseminación Artificial, registre también a los donadores, para que de un mismo donador no nazcan más de cinco hijos para evitar el incesto.

f) Que el marido ni la mujer pueden impugnar la filiación cuando hayan dado su consentimiento por escrito .

g) Que se estudie la posibilidad de legislar la maternidad subrogada.

h) Que la inseminación sólo pueda darse en hospitales públicos y privados debidamente autorizados .

i) El donante no puede estar emparentado con la mujer en línea recta o descendiente, ni ser hermano, ni medio hermano.

j) La criatura engendrada por la inseminación artificial en una mujer casada con consentimiento del marido tiene la misma posesión legal que un hijo de matrimonio.

k) El donante de semen que se emplea en la inseminación de conformidad con esta ley, no tiene el deber de contribuir a sostener a la criatura ni a la madre y, por otra parte no hay relaciones familiares legales entre él y la criatura.

l) Por infracciones de los profesionistas no autorizados a realizar la inseminación se castiga con multa o prisión de un año.

CONCLUSIONES

1.- El principio de que todo nacimiento es necesariamente producto de la cópula entre hombre y mujer, ya no es exclusivo, sino que coexiste con los métodos de inseminación artificial, en donde para concebir un hijo no es necesario que exista relación sexual.

2.- Existe en nuestro país la necesidad de reglamentar todo lo relativo a la Inseminación artificial en seres humanos, toda vez, que con su aplicación reiterada, se producen consecuencias jurídicas en el campo del Derecho Civil, por lo que consideramos oportuno un ajuste a las disposiciones del derecho común, en todo lo relativo a regular la figura motivo del presente estudio, principalmente en sus consecuencias con la Filiación.

3.- Es importante el esfuerzo que se ha realizado en las legislaciones de los diferentes países estudiados, sin embargo, no existe una legislación uniforme al respecto, ya que el problema se atiende de conformidad a la cultura, moralidad e idiosincrasia de los gobernados.

4.- Consideramos que la Inseminación debe reglamentarse para parejas legalmente casadas y parejas en unión libre, previa investigación al respecto, donde se pruebe que la pareja tiene problemas para procrear familia.

5.- Debe considerarse aceptable que se legisle sobre la Inseminación artificial homóloga, es decir, la que se realiza en la esposa con el semen del marido, así como la Inseminación artificial heteróloga, en la que se requiere la ayuda de un tercero donador de semen, para fecundar a la mujer que, a la postre resulta no ser esposa del donador.

6.- Debe regularse el caso de la madre subrogada, con el fin de que la madre legal sea aquella que ha contratado a la madre que presta el útero, así como la donación de espermatozoides y óvulos tratándose de terceros extraños a la pareja que desea tener un hijo.

7.- El derecho positivo mexicano no regula la filiación Post Mortem proveniente de inseminación artificial, opinamos que en estos casos de inseminación artificial, después de la muerte de uno de los cónyuges, debe prohibirse, y en los casos que así llegare a suceder debe establecerse que el producto sea considerado como hijo fuera de matrimonio.

8.- La inseminación por métodos artificiales no está regulada suficientemente, sin embargo, por deducciones derivadas del artículo 4º Constitucional y de la Ley de Salud, se admiten tácitamente.

9.- El fenómeno social en estudio, tiene un doble fundamento: dar hijos a quien naturalmente no puede concebirlos e impedir que los cónyuges recurran a conductas reprobables, como son las relaciones sexuales fuera de matrimonio.

10. Las modificaciones que se proponen al código civil, deben ir en el libro Primero y en un Título Especial, pudiendo llamarse "*Paternidad Asistida*".

BIBLIOGRAFIA

ALPI, Cesare, Las Madres Suplentes Un Acto Humanitario, cuestión, Segunda Edición, México, D.F. 29 de marzo de 1985.

ANÓNIMO "La Fertilización Artificial" . Padres e hijos, Octubre de 1987 No. 10 Año 8

BERGER STENDER, Jaime. La Inseminación Artificial, Estudio del Derecho Comparado; Escuela de Derecho. Enero 1975 Ed. Instituto Cuauhtlatohuac, México, Tijuana, B.C.N.

BONILINI, Giovanni, Nozioni De Diritto Di Famiglia, UTET, Torino, 1987.

CABALLERO SPADA, Raúl "Que hacer Político", México, D.F. (Revista)

CARDENAS QUIROZ, Carlos, Algunas Reflexiones Acerca De La Inseminación Artificial y Fecundación Extrauterina en el Derecho, No. 42, Lima. Perú, 1988

CUELLO CALON, Eugenio, Tres temas penales: El Aborto Criminal, El Problema de la Eutanasia, y el Aspecto Penal de la Fecundación Artificial. Bosh. Barcelona 1955

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F., La Familia en el Derecho, relaciones jurídicas paterno filiales, segunda edición, Porrúa. 1981

DE PINA RAFAEL, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Vol. I, Ed. Porrúa, 1960,

DE PINA RAFAEL, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, México 1976

DIAZ DE GUIJARRO, Enrique. Las Modernas Técnicas Biológicas y el Derecho de Familia Revista del Ministerio de Justicia Año XIII No. 48 enero - marzo de 1964, Caracas Venezuela.

D. KRAUSE, Harry. Artificial Conception Legislative Approaches. Family Law Quartely. V. XIX Number 3 Fall. 1985. Traducción Tomás Enrique Vázquez Rea

DICCIONARIO TERMINOLOGICO DE LAS CIENCIAS MEDICAS, Ed. Salud, México

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA Ed. Real Academia Española, Madrid, 1970.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Tomo IV, 1988,

EDGAR y BUENROSTRO BAEZ, ROSALÍA, Derecho de Familia y Sucesiones, Colección Textos Jurídicos Universitarios, Ed. Harla, México, D.F. 1988

FERNÁNDEZ CLÉRIGO, LUIS, Derecho de la Familia en la Legislación comparada, de Hispanoamérica,

FIEL, Martha A., Surrogate Motherhood, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1990, Traducción Ady González Martínez

FLORES GARCIA, Fernando, "La Inseminación Artificial en el Derecho Civil Mexicano: Con un proyecto de legislación estatal", Ensayo para el aula de investigación jurídica Dr. Honoris Causa Abelardo. Nuevo León, México, 1988

FLORES GÓMEZ, Fernando y CARBAJAL MORENO, Gustavo. Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Ed. Porrúa, Décimo tercera edición, México, 1976, p. 33

GACETA UNAM 10 de abril 1989, UNAM,

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil. Ed. Porrúa. México 1976

GARCIA MENDIETA, Carmen, Fertilización Extracorpore-Aspectos legales. Ciencia y Desarrollo Año 11 No. 65 (nov-dic 1985)

GENESIS, 16.2 "LA BIBLIA" SERRANO CESOR , Vicente. Ed. Católica. Madrid, España 4 de Julio de 1968.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, El Patrimonio. Ed. Mujica tercera edición, México 1990

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones 5º edición De. Mujica, Puebla 1974

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Conferencia citada, que impartió el 23 de Agosto de 1978 en la Facultad de Derecho de la UNAM

HELLEIN, Susanne, Contribución Al Estudio De La Inseminación Artificial Con Espermatozoides Del Cónyuge, UNAM, México, 1991

HUTGER HASSCHE Kluter. Malformaciones Genitales de Intersexualidad, De Científico Médica, Barcelona España

J. MONDLAK G "REVISTA IMPACTO" 9 de abril de 1987. P. 44

LOIL, MARÍA Leonarda, Observaciones con respecto al caso Parpalaix en revista Internacional de Derecho Contemporáneo No. 1 Bruselas, Bélgica, 1985

MADRE DEBE SER LA QUE PAREE "Comentarios de Díaz del Corral y Díaz Picazo, 1983 en la Universidad de Harvard, California, en los Estados Unidos, se anunció el primer trasplante humano de una mujer a otra."

MAGNASCO, Raffo, Femiario, Julio de 1980, Buenos Aires.

MATEOS ALARCON, código civil Comentado y Anotado de 1990.

MONTERO DUHALT, SARA, Derecho de Familia, Ed. Porrúa, México D.F. 1990.

NOVILLO SARAVIA, Lizardo. Procreación Asistida, Anales Ed. La Academia Nacional de Derecho y C.S de Córdoba, Volumen II, Argentina 1990

NIHAM WILLIAM L. y EDELSON, Edgar. El Factor Hereditario Los Genes, Los Cromosomas. La Familia y Usted. Editores Asociados, S.A., México, D.F., 1978

PALOMAR DE MIGUEL JUAN, Diccionario para Juristas, Ediciones Mayo, México, 1981.

PERIÓDICO, LA PRENSA, 16 de julio de 1974 Por Mario Santaella.

PERIÓDICO, ULTIMAS NOTICIAS 26 de julio de 1978.

PERIÓDICO, EXCÉLSIOR, 3 de julio de 1983 P. 4-A, Por Garcia Treviño

PERIÓDICO, LA PRENSA 4 de agosto de 1987, Por Mario Santaella.

PERIÓDICO, EL UNIVERSAL, 19 de marzo de 1987, Por Mario Peralta.

PLANIOL, MARCEL, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Vol. IV Ed. José M. Mujica, Puebla, 1987.

PLOCOWE, Morris, "Your Test Tube Baby May Be Illegitimed", en law years guill review, New York 1949. Traducción Tomás Enrique Vázquez Rea.

REVISTA SELECCIONES DE READER'S DIGEST, México, 1981 T. LXXXI, No. 483, Febrero Por Walter Ross.

RINGEL, FRANCOISE, Emmanuel, Apres la Mort, Recueil Dalloiz, Sirey, No. 36, Octubre, 1991. Traducción Cecilia Montes Robert.

RIO DE LA LOZA, Fernando, Sistematización Clínica en el estudio de La Pareja estéril No. 2960, Hospital de Gineco-Obstetricia.

ROJINA VILLEGAS Rafael, "Compendio de Derecho Civil", Ed. Porrúa, 1988

RODRIGUEZ, Gustavo, Manual de Medicina Legal, 2a. Edición, México, 1956.

RUBELLIN, DE VICHI, Jacqueline Les Procréations Assistées État Des Questiones En Revue Trimestrielle De Droit Civil No. 3 Año 86 Julio-Septiembre, Paris 1987.

RUBELLIN, DE VICHI, Jacqueline "Le Droit la Bioéthique".

SANTOSSUOSO, Fernando, La Fecondacion Artificial Humana, Giuffre Editore milano 1984.

SOTO ALVAREZ, Clemente, Derecho de las Personas y la Familia, Ed. Limusa, 1975.

SOTO LA MADRID, Miguel Angel, Biogenética, Filiación y Delito (La Fecundación artificial y la Experimentación Genética Ante El Derecho), Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1990.

SOTO LA MADRID, Miguel Angel, ponencia presentada en el Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia. Cáceres, España, Octubre 1987

TORRES RIVERO, Arturo Luis. Actos Procesales Del Derecho Vivo. Reviste jurídica V. 9, No. 26 y 27, Caracas Venezuela.

VENTORATUS LONO, Kathryn. Alternative Means Of Reproduction Virginia Legislation. Louisiana 1989.

VERA HERNANDEZ, Julio Cesar. Inseminación Artificial en Seres Humanos, Incidencias Jurídicas, Foro de México 82, 88 artículos seriados 1980.

VERRUNO HASS, Manuel, Manual Para La Investigación de la Filiación, Buenos Aires Argentina, Ed. Abeledo Perrot.

VIDAL MARTINEZ, Jaime, Las Nuevas Formas de Reproducción Humana, Ed.Civitas S.A.Madrid, España, 1988, P.119.

VILLENA CUADROS, F. Sobre la Inseminación Post Mortem, Revista Internacional de Derecho Contemporáneo No. 2 Bruselas, 1985 P. 65

WARNOK REPORT. Punto 427 EN BOZA, Beatriz "Los Adelantos de La Ciencia y La Permeabilidad Del Derecho: Reflexiones en torno a la reproducción humana asistida en Derecho No. 45, Dic. Lima, 1991.

WOOL, CARL WESTOMRE Ann. Fecundación in vitro Primera edición Barcelona Fontanella, 1984.

ZANNONI EDUARDO, Hijos Legítimos, Seg. Edición. Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina.

ZANNONI, Eduardo. Derecho Civil, Derecho Familiar, Ed. Astrea, Buenos Aires Argentina, T.II,

ZANONNI, Eduardo, Inseminación Artificial y Fecundación Extraterina, Astrea, Buenos Aires, 1978.

ZARATE CANALES, Arturo y MACGREGOR, Carlos, Departamento de Ginecología, Endocrinológica del Hospital de Gineco-Obstetricia, No.1 Instituto Mexicano del Seguro Social, México, Facultad de Medicina, UNAM

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1994.

Código Civil para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1994.

Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1993.

Ley General de Salud. Ed. Porrúa, S.A., México, D.F. 1993.

Reglamento General de Salud, Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. 1994.

Código Civil Francés (versión fotocopiada de la Embajada).

Ley sobre inseminación de Suecia (versión fotocopiada de la Embajada).

Acto Sueco de fertilización in vitro. Ministerio de Salud y Asuntos Sociales del 8 de julio de 1988 (versión fotocopiada de la Embajada).

Reglamento Danés (versión fotocopiada de la Embajada).