

122
217



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

**"IMPLICACION JURIDICA Y ANALISIS DE LAS
TECNICAS DE INSEMINACION Y FECUNDACION
ARTIFICIAL EN MATERIA DE FILIACION."**

T E S I S

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

MARIA DEL CONSUELO CERVANTES ARTEAGA

ASESOR: LIC. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PEREZ.



MEXICO, D. F.

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

DR. IVAN LAGUNES PEREZ
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CIVIL

Estimado Doctor:

La alumna **MARIA DEL CONSUELO CERVANTES ARTEAGA** con número de cuenta 8517598-7 ha elaborado en este seminario a su digno cargo, su trabajo de tesis intitulado **"IMPLICACION JURIDICA Y ANALISIS DE LAS TECNICAS DE INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIAL EN MATERIA DE FILIACION"** bajo la asesoría de la suscrita.

El trabajo en cuestión, del cual me permito acompañar el ejemplar que me entregó la interesada ha sido revisado en su totalidad y en su oportunidad se le han hecho las modificaciones necesarias a efecto de que satisficiera los subtemas del capitulado que le fué autorizado.

Además, la investigación en cuestión se encuentra apoyada en una amplia bibliografía sobre el tema, tanto jurídica como médica, reuniéndose los requisitos que exige el Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado.

Por lo anteriormente expuesto, someto a su consideración el referido trabajo, para que, de no existir inconveniente alguno, tenga a bien autorizarlo para que se proceda a su impresión y sea presentado en el examen profesional correspondiente.

Aprovecho la oportunidad para enviarte un cordial y afectuoso saludo, reiterandole mi más alta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, D.F., a 10 de marzo de 1997.


LIC. MARIA DEL CARMEN MONTOYA PEREZ

*A TODOS
AQUELLOS
QUE NO PIDEN
NACER...*

*AL DESTINO
DONDE
QUIERA QUE
SE
ENCUENTRE...*

A DIOS TODO
PODEROSO.

EN AGRADECIMIENTO A
TODAS LAS PERSONAS QUE
DE ALGUNA U OTRA
FORMA COOPERARON EN
LA ELABORACION DE ESTE
TRABAJO.

INTRODUCCION.

CAPITULO I.

FECUNDACION E INSEMINACION ARTIFICIAL

1.1.- Concepto de inseminación artificial.....	1
1.2.- Clasificación:	
a) INSEMINACION HOMOLOGA.....	2
Situación dentro del matrimonio:	
a) Impotencia.	
b) Consentimiento mutuo.	
c) Legislación.	
d) Situación del hijo.	
e) Inseminación post mortem.	
1.- Derechos del hijo póstumo.	
2.- Prohibición de la inseminación post mortem.	
b) INSEMINACION HETEROLOGA.....	11
Situación dentro del matrimonio:	
a) Consentimiento mutuo y asunción de la paternidad por el marido.	
b) Legislación.	
c) Situación del padre y del hijo.	
d) Desconocimiento de la paternidad por los herederos del marido.	
e) Relación entre el donador de semen y el nacido de la inseminación.	
c) INSEMINACION FUERA DE MATRIMONIO.....	19

1.3.- Indicaciones, técnicas, selección de semen para la realización de la inseminación artificial.....	20
1.4.- Maternidad Subrogada.....	29
a) Concepto.	
b) Su relación con los contratos y su legalidad.	
1.5.- Fecundación extracorpórea o In vitro.....	36
a) Concepto y clasificación.	
b) Casos en que procede.	
c) El principio de la personalidad.	
d) Técnicas de fecundación en laboratorio y la transferencia del cigoto.	
e) Dentro del matrimonio:	
Consentimiento mutuo.	
Legislación.	
Situación entre la madre y el hijo.	
Situación de la donadora.	

CAPITULO II

EVOLUCION Y SITUACION LEGAL DE LA INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIAL.

2.1.- Antecedentes históricos.....	46
2.2.- Disposiciones legislativas.....	52
2.3.- Situación legal en México:	59
a) Código Civil.	
b) Código Penal.	
c) Ley General de Salud.	

CAPITULO III

LA REPRODUCCION ASISTIDA EN RELACION CON LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO.

3.1.- Hechos y Actos Jurídicos.....	74
3.2.- Elementos del acto jurídico.....	79
3.3.- La inseminación y fecundación artificial y la teoría del acto jurídico.....	93

CAPITULO IV

FUENTES DE FILIACION.

4.1.- Clasificación de las fuentes.....	112
4.2.- Problemática de la filiación.....	118
4.3.- Principio de la verdad biológica.....	130
4.4.- Sistemas para determinar la filiación.....	132
4.5.- Pruebas biológicas.....	135

CAPITULO V

CUESTIONES MORALES.

5.1.- Oposición a la reproducción asistida.....	142
5.2.- Aspecto moral y la evolución del criterio Eclesiástico.....	149
Inseminación Homóloga.	
Inseminación Heteróloga.	
5.3.- El anonimato y el derecho a la identidad.....	156
5.4.- La responsabilidad ética y social del médico y el biólogo.....	160
CONCLUSIONES.....	165
BIBLIOGRAFIA.....	171

INTRODUCCION

Cuantos avances científicos y tecnológicos ha tenido el Siglo XX que nada parece imposible, se conquista el espacio, se crean bombas nucleares, el rayo láser, etc., tan es así que a finales del mismo es algo común hablar de bebés de probeta y de reproducción asistida, algo que parecía impensable, pero en países como el nuestro es algo palpable. El tema no es nuevo ya que desde tiempos remotos el hombre la ha practicado pero en las plantas como los dátiles, que no podían dar sus frutos sin la intervención de la mano del hombre; siendo su práctica muy antigua y teniendo sus orígenes en la botánica, ya que fueron los botánicos quienes hicieron la observación de que se podía fecundar con las manos como vehículo ciertas flores.

Es sin embargo en las últimas décadas del presente Siglo, cuando el hombre saca esta práctica del nivel botánico a la medicina humana, apoyado en el gran éxito que la inseminación y la fecundación artificial habían tenido en la medicina zootécnica, convirtiéndose así en parte rutinaria de los tratamientos ginecológicos para tratar la esterilidad en las parejas que por razones de naturaleza fisiológica o psicológica están impedidas para tener hijos, observando además las ventajas que la reproducción asistida tiene sobre la adopción, la cual hasta entonces, era la única alternativa al problema de los matrimonios sin hijos, sin embargo, ésta última no elimina la frustración de un hombre o de una mujer que cuentan con un gran instinto paternal o maternal, que ven que por razones ajenas a su voluntad no pueden procrear.

Como es sabido el hombre hace hasta lo imposible por superar las dificultades que se le presenten para lograr sus deseos, es por ello que si existe algún impedimento para que logre la procreación y existe un método científico para superar ese impedimento, enfrentando por distintos caminos la esterilidad hasta alcanzar la procreación, recurrirá a los métodos de inseminación y fecundación artificial dejando a un lado principios de carácter moral, religiosos y jurídicos.

Quizá la medicina ha encontrado en la inseminación y en la fecundación artificial la solución al problema de las parejas hasta ayer, condenadas a no tener descendencia, pero no así para el derecho, para el cual es una innovación, un concepto nuevo, sin precedente alguno que le sirva de orientación para la solución de los muchos conflictos legales que su práctica origina, conflictos que pueden ser tanto a corto como a largo plazo, tanto en la pareja como en el hijo, e inclusive en la sociedad misma, en la cual el derecho debe de atender el interés de todos aquellos que se encuentren involucrados: en la inseminación artificial o en la fecundación in vitro, pero principalmente el interés del hijo y de la sociedad.

Estas son las razones por las cuales se realiza este trabajo, no con el propósito de lograr la solución a los problemas que surgen con la práctica de la inseminación y fecundación artificial, si no como una pequeña aportación sobre el estado actual que guardan éstos métodos de reproducción asistida, sobre todo cuando ya estamos viviendo en nuestro país su aplicación, ya que actualmente existen cuatro centros dedicados a tratar la esterilidad: el centro de la Ciudad de Puebla, el de Matamoros, el Centro de Ginecología y Obstetricia de Monterrey (CGOSA), y la Unidad de Reproducción Asistida, dependiente del Instituto Nacional de Perinatología del D.F., el cual empezó a funcionar en 1989; así como diversos centros privados.

La inseminación y la fecundación artificial como todos los inventos creados por el ser humano, empiezan en pequeña escala y alcanzan dimensiones desconocidas para él, sin embargo, el hombre no debe olvidar que nace del amor y de la unión de dos cuerpos; antes de que él mismo se ponga una etiqueta, se seleccione, se reproduzca en serie y vea estos métodos terapéuticos con fines de lucro.

Por los razonamientos antes expuestos, hemos considerado prudente referimos en este trabajo primeramente a la definición y distinción de inseminación artificial y fecundación in vitro así como sus diversas clasificaciones, técnicas y situaciones que se presentan dentro del matrimonio; para posteriormente conocer su evolución histórica, las diferentes legislaciones que se han dictado al respecto en diversos países así como su situación en nuestro país; así en nuestro apartado tercero analizamos la relación que guardan la inseminación y fecundación artificial con el acto jurídico, para enseguida tratar la problemática que estos métodos plantean en la filiación; finalmente estudiaremos los aspectos eclesiástico y moral, el anonimato del donador y la responsabilidad ética y social del médico.

C A P I T U L O I

FECUNDACION E INSEMINACION ARTIFICIAL.

1.1.- CONCEPTO DE INSEMINACION ARTIFICIAL.

El término INSEMINACION ARTIFICIAL es introducido y desarrollado por la medicina y aceptado por la literatura jurídica; en países como España se le denomina eutelegenesia y en algunos otros la denominan inseminación terapéutica, en este trabajo la denominaremos inseminación artificial, diferenciándola del término fecundación artificial.

La inseminación artificial consiste en introducir esperma (semen vitae) masculino dentro de los órganos genitales femeninos adecuados (útero o vagina), sin que haya contacto sexual, es decir, por medios artificiales, con el objeto de hacer concebir a la mujer, substituyendo así el medio natural de concepción.

Más ampliamente la inseminación artificial se refiere al procedimiento terapéutico mediante el cual el semen del macho es introducido sin necesidad de que haya contacto sexual, en los genitales de la hembra, ya sea en el útero o en la vagina, para lograr de esa manera la unión entre el espermatozoide y el óvulo; éste concepto de inseminación artificial zoológica puede extenderse a la especie humana en cuyo caso estaríamos hablando de inseminación artificial humana.

En ese orden de ideas la *"INSEMINACION ARTIFICIAL es la previa extracción del semen, éste es introducido en la vagina, en el cuello del útero (inseminación intracervical), o directamente en el interior del útero (inseminación intrauterina)."* (1)

1.2 CLASIFICACION.

La inseminación artificial se clasifica en homóloga, que es por excelencia realizada dentro del matrimonio ya que se realiza con el semen proveniente del marido; y la inseminación heteróloga en la cual se utiliza el semen de un tercero llamado donante.

a) **INSEMINACION ARTIFICIAL HOMOLOGA.** Llamada también

(1) ZANNONI, EDUARDO A., Derecho civil, Edit. Astren, Buenos Aires, 1989; Ed. 2a, T. II, P. 469

homogénea o autoinseminación, cuya abreviación en los países anglosajones es AIH (artificial insemination husband, or homologous), y que en español sería IAH, se practica con el elemento activo (semen) del compañero o marido (cum semine mariti), y en los casos de que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual, ya sea por la impotencia del hombre o el vaginismo de la mujer, o por la existencia de otras anomalías como pueden ser trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que neutralizan los espermatozoides o incluso por cuestiones psicológicas. (2)

SITUACION DENTRO DEL MATRIMONIO:

a) **IMPOTENCIA.** Por impotencia se entiende la incapacidad del varón de practicar el coito, es decir, la cópula sexual con la mujer por la falta o la insuficiencia de erección del órgano cópulator masculino (pene), con la consiguiente incapacidad para procrear (esterilidad). (3)

** Esterilidad es la incapacidad para producir descendientes.
p. ej. incapacidad para concebir (esterilidad femenina). o
para inducir la concepción (esterilidad masculina).*

-
- (2) Cfr. SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Biogénetica, Filiación y Delito., Edit. Astrea., GONZALEZ OSEGUERA, FELIPE., La Inseminación Artificial de la Mujer Ante el Derecho., Revista del Foro de México, Núm. 97, Año 1961.
(3) SEGATORE, Dr. LUIGI., Diccionario Médico., Edit. Teide., P. 684.

Femenina. Incapacidad de la mujer para concebir como resultado de un defecto estructural o funcional en los órganos de reproducción.

Masculina. incapacidad del varón para fecundar el óvulo como resultado de falta de producción de espermatozoides vivientes (espermatógena), o alguna otra causa distinta a la incapacidad para producir espermatozoides vivientes normales (normoespermátogena)." (4)

Luego entonces el término impotencia no implica que el semen del hombre no sea apto o fértil para procrear o que la mujer por alguna malformación de sus órganos u otra anomalía no pueda tener hijos; sino que hay imposibilidad de realizar normalmente el acto sexual, y como resultado de ello la pareja no puede procrear, lo cual puede ser subsanado a través de la inseminación artificial.

Esta falta de capacidad para procrear es tomada en consideración por el Derecho Familiar y así el artículo 156 del Código Civil vigente en el Distrito Federal en su fracción VIII, nos dice que es impedimento para celebrar el matrimonio la impotencia cuando ésta es incurable; de celebrarse bajo esta circunstancia el matrimonio puede anularse cuando es anterior a su celebración y subsiste durante el mismo, es además causal de divorcio cuando sobreviene después de celebrado este (arts. 235 fracc. II y 267 fracc. VI).

b) CONSENTIMIENTO MUTUO: Ambos cónyuges deben estar

(4) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE MEDICINA DORLAND. Vol. I, Edit. Interamericana-Mcgraw Hill., Ed. 9a., 1992.

de acuerdo en que se lleve a cabo la inseminación artificial, ya que si uno de ellos se opone y el otro aún en contra de la voluntad de su cónyuge la lleva a cabo estaría incurriendo en injuria grave en contra de su cónyuge y por lo tanto estaría cometiendo un ilícito, así como también estaría contrariando lo establecido por los artículos 4 Constitucional y el 162 del Código Civil ya que de acuerdo a dicho precepto normativo toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, dentro del matrimonio este derecho es ejercido de común acuerdo por los cónyuges.

Para tomar una decisión tan importante como es la de tener un hijo ya sea de manera natural o a través de la inseminación artificial, ambos cónyuges deben estar de acuerdo, ya que ninguno de ellos puede obligar al otro a hacer algo que no quiere, en este caso a que se practique la inseminación artificial; pero si no hay ningún impedimento moral, religioso, físico o de alguna otra índole que impida a la pareja que por este medio logre tener descendencia y ambos están de acuerdo en que se lleve a cabo la inseminación artificial, nadie puede impedirles que por éste método logren la procreación.

Debe por lo tanto, la pareja expresar su consentimiento de ser inseminada, ese acuerdo de voluntades puede ser tácito o expreso, sin embargo es recomendable que se efectúe a través del lenguaje escrito para que no quede ninguna duda de que es su voluntad llevar a cabo la inseminación artificial.

c) LEGISLACION. Es indiscutible que estando ambos cónyuges de acuerdo en la inseminación artificial homóloga y utilizándose en ella elementos de ambos consortes, los hijos que sean procreados por este medio son considerados hijos de matrimonio y se aplica

para la paternidad el principio *PATER IS EST QUEM NUPTIAE DEMONSTRAT* (Padre es quien demuestra las nupcias), por lo que hay una paternidad surgida dentro del matrimonio.

Pero para que no haya ningún problema en el caso de que exista impotencia del varón y éste quiera desconocer al hijo procreado por este método, o argumente que le fue imposible tener contacto sexual con su mujer dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento como lo establece el artículo 325 Código Civil para desconocer la paternidad, o alegue que hubo adulterio de parte de su mujer, y que el hijo es producto de dicho adulterio, es conveniente que se lleve a cabo un contrato en donde ambos expresen que es su voluntad que se practique la inseminación artificial homóloga.

Si no hay contrato escrito pero se acredita por cualquier medio de prueba que existe la autorización del cónyuge para la utilización del semen para inseminar a su cónyuge se entiende que se consintió en la inseminación y no ha lugar a ejercitar la acción de desconocimiento.

Ha este respecto es interesante la apreciación de Eduardo Zannoni, el cual menciona lo siguiente:

" Aún cuando hubiere mediado imposibilidad material de cohabitación en el periodo legal de concepción, la prueba de tal inseminación, siendo fehaciente implicará afianzar, no por vía presuncional sino por prueba biológica, el hecho constitutivo de la procreación. La actitud del marido que, habiendo consentido en la extracción de su propio semen para fecundar

a su esposa, impugna la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio con ella, implica ir contra sus propios actos y desconocer el origen biológico que es fundamento de la filiación. " (5)

Pero si la mujer acredita por todos los medios de prueba que la inseminación fue hecha con el semen de su marido y como consecuencia de ello logró procrear al hijo, el desconocimiento que haga el padre del hijo no será admisible.

d) SITUACION DEL HIJO. El hijo nacido a través de la fecundación artificial homóloga se le considera hijo de matrimonio, aplicándosele para ello la presunción consagrada en el art. 324 del Código Civil especialmente en su fracción II. " Se presumen hijos de matrimonio los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta 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. Y los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio."

Al existir un contrato que acredite la inseminación artificial firmado tanto por los cónyuges como por el médico; con lo anterior se evita que se apliquen los arts 325 y 326 del Código Civil, los cuales establecen:

(5) ZANNONI, EDUARDO A., Inseminación artificial y fecundación extruterina, Edit. Astrea, Buenos Aires , 1978, P. 79.

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

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

Por lo expuesto anteriormente es de concluirse que la relación tanto jurídica como biológica que surge entre los cónyuges y el hijo tiene que ser normal, ya que através de la inseminación artificial lo que se hace es lograr que por medios artificiales se logre la procreación cuando no se puede dar de manera natural, por lo que al hijo nacido por éste medio le corresponderán todos los derechos que la ley le atribuye como hijo nacido dentro del matrimonio y sus padres tendrán respecto de él las mismas obligaciones y derechos que la ley le confiere como hijo habido en matrimonio.

e) INSEMINACION POST MORTEM. Surgue cuando la mujer viuda desea ser inseminada con el semen que su esposo que en vida ha dejado o depositado en un banco de semen, y ahora a la muerte de su cónyuge desea tener un hijo de él.

En este caso tendria que existir un acuerdo entre los cónyuges, de que en caso de la muerte prematura del esposo y la imposibilidad actual de la mujer de procrear, éste dejara su semen para que en el momento

en que la mujer pudiera procrear se hiciera inseminar con el semen congelado de su difunto esposo y lograr concebir un hijo de ambos.

De acuerdo con lo anterior, la filiación post mortem puede darse después de los trescientos días del fallecimiento del cónyuge, es decir, cuando ya no opera la presunción de filiación matrimonial, aunque la inseminación se haya realizado dentro del período legal de concepción.

Esto es, que si el hijo nace después de los trescientos días contados desde la extinción del matrimonio por la muerte del padre; de acuerdo con lo establecido por el artículo 327 del Código Civil, están en la posibilidad de alegar la legitimidad del hijo; la madre, el propio hijo o el tutor de éste, si comprueban que el hijo es producto de inseminación artificial y que esta se realizó con el semen del marido después de muerto éste. En caso contrario, es decir, si no se logra probar que el hijo es producto de inseminación post mortem, éste no podrá llevar el apellido del cónyuge fallecido así como tampoco tendrá derechos hereditarios sobre el patrimonio que haya dejado el De Cujus, es decir, no se considera hijo del De Cujus.

1.- DERECHO DEL HIJO POSTUMO. Aún que no hay reglamentación al respecto, consideramos que dependiendo de la fecha del nacimiento del hijo póstumo, éste puede llevar el apellido de su padre, emparentar con la familia de éste último en los grados que la ley fija e inclusive exigir a los miembros de la familia de su padre que lo provean de alimentos en caso de necesidad.

El problema se presenta en el derecho sucesorio, ya que de acuerdo a lo que establece el artículo 1314 del Código Civil no tienen personalidad para heredar los que no estuvieren concebidos al

tiempo de la muerte del autor de la herencia; mientras que el artículo 327 del mismo ordenamiento jurídico abre la puerta a la posibilidad de que el marido muerto sea el padre del hijo no concebido antes de su muerte. Ante tal conflicto creemos que lo que se puede hacer es invocar la equidad a favor del hijo póstumo ya que como tal tiene derecho, al igual que los demás a disfrutar del caudal hereditario; tal afirmación encuentra su fundamento en lo dispuesto en el artículo 20 de la ley sustantiva, el cual establece:

Art. 20.- " Cuando haya conflicto de derechos a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trata de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener un lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible. "

En ese orden de ideas, si se aplica lo establecido en el artículo 1314 Civil Código, el hijo concebido a través de la inseminación artificial post mortem carecería de capacidad para heredar sobre el patrimonio de su "PADRE", pero para determinar si tiene o no derechos se tendría que hacer un estudio profundo para estar en la posibilidad de determinar si el semen utilizado en la inseminación corresponde al cónyuge fallecido o no y esto sólo podría lograrse a través de pruebas biológicas y con la prueba en directo en el sentido de que si el esposo expresó su voluntad y entregó su semen para que a su muerte su cónyuge fuera inseminada con su semen dejándose para ello testamento o algún otro documento auténtico en el que conste que esa es su voluntad.

2.- PROHIBICION DE LA INSEMINACION POST MORTEM.
Respecto de la inseminación post mortem creemos que no debería ser

reprobable el que se practique la inseminación post mortem en los casos en que el cónyuge haya expresado su consentimiento de manera indubitante, a través de testamento, documento público o privado, que en el caso de su muerte prematura su consorte sea inseminada con su semen, previamente depositado en un banco de semen. Por lo anterior se considera que al derecho, le corresponde, en tal caso, ampliar el alcance de la filiación matrimonial o regular de manera específica este tipo de inseminación para que no pueda ser utilizada con fines fraudulentos y garantice la autenticidad del consentimiento del cónyuge muerto, así como del semen utilizado en la inseminación artificial. Sobre el particular es interesante la opinión de Eduardo Zannoni, el cual expresa:

" Consideramos que no deberían autorizarse inseminaciones en estos supuestos, ni admitirse demandas tendientes a reivindicar la propiedad del semen por parte de la viuda. Antes bien debería disponerse su destrucción para evitar cualquier controversia. Pero si la inseminación se practicase y naciese el hijo, éste no podría alegar derechos hereditarios respecto de su padre muerto antes de la concepción, aun que el derecho positivo debería prever las demás consecuencias que en orden al parentesco consanguíneo por la rama paterna, puedan resultar. "

b) INSEMINACION HETEROLOGA. Denominada también heteroinseminación o inseminación artificial por donante y en los países como Inglaterra y Estados Unidos "AID", artificial insemination donator, que en español sería "IAD", consiste en inseminar a la mujer con semen de un extraño (cum semine extranei), llamado donador, y es practicada en los casos en que el marido padece de esterilidad absoluta ya sea por azoospermia, oligospermia, astenospermia, necropermia,

(términos que más adelante definiremos), o por incompatibilidad del factor Rhesus (Rh), o en los casos en que es portador de anomalías cromosómicas transmisibles (aún cuando éste sea fértil).

Para este tipo de inseminación se recurre a los llamados "BANCOS DE SEMEN" en los cuales se conserva el semen del donante fresco o congelado y clasificado de acuerdo con las características físicas del donante (fenotipo) e inclusive al realizarse esta inseminación se puede hacer una mezcla con el semen del esposo y con semen del donante llamada "POOLED INSEMINATION o INSEMINACION COMBINADA", cuyas siglas son "IAC", esto para crearle al esposo la idea psicológica de que el producto de la inseminación es suyo, ya que pudo haber sido fecundado el óvulo con alguno de sus espermatozoides.

SITUACION DENTRO DEL MATRIMONIO:

a) CONSENTIMIENTO MUTUO Y ASUNCION DE LA PATERNIDAD POR EL MARIDO. Para que se pueda practicar este tipo de inseminación debe mediar el consentimiento de ambos cónyuges, ya sea que haya un contrato de por medio o no. Desde luego es importante el consentimiento de la mujer para ser inseminada con elemento extraño, ya que durante nueve meses llevará en su vientre el producto de la inseminación, así mismo se requiere del consentimiento del marido por que él tendrá que asumir la paternidad del hijo, con todo el cúmulo de derechos y deberes derivados de ella.

Por lo tanto, en este supuesto jurídicamente el cónyuge de la mujer inseminada es el padre del ser concebido por ésta vía.

Consideramos conveniente que antes de que se lleve a cabo la inseminación artificial por donante, los consortes tengan asesoría psicológica, para determinar que tan fuerte es el lazo afectivo entre ellos, si son emocionalmente maduros, si existe un gran respeto entre ambos; que sean un matrimonio estable donde no haya influencias ni presiones de ninguna especie, precisamente para evitar un conflicto psicológico es que se llegan a practicar inseminaciones combinadas para que la pareja no llegue a tener algún desequilibrio emocional, creándole con ello al consorte la idea de que el hijo producto de la inseminación es suyo, que participó de manera biológica en la concepción del hijo, y que no tuvo tan sólo una participación consensual en su creación, evitándose así que pueda llegar a impugnar esa paternidad.

En ésta especie de inseminación los sistemas jurídicos que la admiten, niegan cualquier acción de impugnación de la paternidad cuando el marido haya otorgado su consentimiento para la inseminación; en consecuencia, está, por vía legal, atribuyendo la paternidad, e impidiéndole ir contra sus propios actos.

Respecto del consentimiento para la inseminación algunas legislaciones consideran que es necesario que se realice por escrito, ejemplo de ello son el artículo Cuarto del Proyecto Preliminar del Consejo de Europa que señala que las técnicas de fecundación artificial únicamente podrán realizarse si las personas interesadas han prestado su consentimiento notificándolo de forma expresa y por escrito; mientras el párrafo veintiuno de las Recomendaciones de la Comisión de Warnock establece que: " El consentimiento formal por escrito de la pareja debe ser siempre obtenido como medida de buen procedimiento antes de comenzar el tratamiento de inseminación artificial por donante, el impreso de consentimiento debe ser explicado a ambas partes. " . Esto para evitar en un futuro que el marido de la mujer que fue inseminada con semen de un donante pudiese desconocer la paternidad del hijo procreado por este método y

llegar quizás a crearle una situación de incertidumbre en cuanto a su filiación. (6)

En el Derecho Mexicano el artículo 466 de la Ley General de Salud nos dice que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge. Implícitamente en este artículo se habla de que tiene que haber un acuerdo de voluntades entre los esposos para que se lleve a cabo la inseminación.

Pero si se da el caso de que la mujer es inseminada sin el consentimiento de su marido, éste no puede alegar que haya adulterio, ya que para que este se configure tienen que existir relaciones sexuales extramatrimoniales, además de ser estas cometidas en el domicilio conyugal o con escándalo, en ese orden de ideas, consideramos que no hay adulterio, como delito, igualmente tampoco existe causal de divorcio ya que no necesita reunir los requisitos del Código Penal, basta con que se compruebe la existencia de las relaciones sexuales de uno de los consortes con persona distinta a su cónyuge, para que opere esta causal de divorcio (art. 273 del Código Penal y 267 fracc I del Código Civil).

De lo que si se puede hablar es de que exista injuria grave de un cónyuge para con el otro, al hacerse inseminar la mujer sin el consentimiento de su esposo, igualmente sería injuria grave cuando la mujer es inseminada en contra de su voluntad o por medio de engaños, tal situación podría encuadrarse como causal de divorcio y en especial

(6) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., *Biogénética, Filiación y Delito*, Edit. Astrea, P. 87.

en la fracción XI del artículo 267 del Código Civil; si la injuria es cometida en contra de la mujer sería además un ilícito ya que se le esta inseminando en contra de su voluntad, y como consecuencia de dicha inseminación traerá al mundo un hijo que no desea.

En el caso de que la injuria sea cometida en contra del cónyuge, (varón), éste puede impugnar la paternidad del hijo, si comprueba que no otorgó su consentimiento para la inseminación.

b) LEGISLACION. La legislación civil establece que una de las formas de establecer la filiación es por la concepción (filiación natural), y es matrimonial cuando procede del matrimonio tomándose en cuenta además el nacimiento, considerándose como hijo de matrimonio el nacido después de ciento ochenta días contados desde que este se celebró, o los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial (art. 324 Código Civil), pero la filiación en si no requiere para su formación de los elementos de los consortes (óvulo y espermatozoide), ya que se cuenta con la filiación adoptiva, por lo que la filiación que se deriva de la inseminación artificial por donante podría al igual que la filiación adoptiva, ser reglamentada, ya que ambas generan una filiación paterno - filial.

El artículo 324 del Código Civil se basa en la existencia de una relación biológica entre el padre y el hijo, la cual en ocasiones es difícil de probar, por lo que es una presunción iuris tantum y admite prueba en contrario. Dicho precepto establece que el marido puede impugnar la paternidad si demuestra que le fue imposible tener contacto sexual con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento y, en el caso de adulterio de la madre cuando ella le ocultó el nacimiento o finalmente, si acredita que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo unión sexual con su

esposa. Para ejercitar su acción de impugnación tiene sesenta días para ejercitar la acción de impugnación, contados desde el nacimiento si estuvo presente, o desde el día en que llegó si se encontraba ausente o, bien desde el día en que descubrió el fraude cuando se le había ocultado el embarazo, si no ejercita su acción dentro de ese lapso, el nacido, aún cuando no fuere hijo suyo, se le considerará como si lo fuera (arts. 326 y 330 Código Civil).

En ese orden de ideas, sí existe un contrato firmado por los cónyuges para realizar la inseminación; con el cual se atestigua que el varón no es el padre. En este supuesto, la legislación responde considerando a este hijo fuera de matrimonio, ya que se trata de un hijo producto del óvulo de la esposa pero elemento masculino extraño, y, por lo tanto, es evidente que el marido no es el padre biológicamente hablando; por lo que el varón estaría en la posibilidad de impugnar la paternidad del nacido, si se encuentra en los supuestos establecidos en la ley, anteriormente expuestos, pero no así, si acepto la inseminación de su mujer con elemento extraño y existe prueba fehaciente de dicha aceptación; así como una reglamentación al respecto que le impida al marido impugnar la paternidad que acepto.

c) SITUACION DEL PADRE Y DEL HIJO. Si hubo consentimiento por parte del marido de la mujer para que ésta fuese inseminada con elemento activo de un extraño y lograr así el anhelo de ambos de ser padres, el producto de dicha inseminación, es por lo tanto hijo de ambos. La relación que se tiene y debe dar es la de padre e hijo, es decir, paterno-filial, ambos tendrán derechos y deberes recíprocos; ya que si el marido otorgó su consentimiento y no lo revocó antes de que su mujer fuese inseminada, por ese hecho acepto ser el padre del producto de la inseminación y si en algún momento quisiera impugnar esa paternidad o llegar a desconocer al hijo, estaría actuando de manera desleal consigo mismo y con su pareja; y en el caso de que no hubiese otorgado su consentimiento, al darse cuenta y no impugnar

la paternidad dentro de los sesenta días que la ley le concede en el artículo 330 del Código Civil, está aceptando por lo tanto la paternidad.

El mismo la filiación no sólo se da por relación biológica sino también por disposición legal (la adopción), la inseminación artificial por coito ante debe ser una filiación por disposición legal, ya que para que ésta se pueda realizar tiene que existir el consentimiento, ya sea éste tácito o expreso del marido aceptando dicha inseminación; al respecto creemos que para que no haya problemas en cuanto a que el cónyuge quiera desconocer al hijo, se sugiere que antes de que se practique la inseminación artificial por donante, se cuente con asesoría psicológica para la pareja.

d) DESCONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD POR LOS HEREDEROS DEL MARIDO. Los herederos del marido sólo pueden objetar la paternidad que se le imputa al marido si la inseminación se realizó sin o contra la voluntad del consorte muerto, lo cual tienen que probar; así por ejemplo cuando el marido es demente y hubiese muerto sin recobrar la razón, sus herederos pueden contradecir la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre (art. 332 Código Civil), y no podrán contradecir dicha paternidad si el hijo nació dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, siempre y cuando el esposo no haya comenzado esta demanda.

En los demás casos, si el esposo ha muerto sin hacer la reclamación dentro del término hábil, los herederos tienen sesenta días para proponer la demanda de desconocimiento, contados desde aquel en que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vean turbados por el hijo en la posesión de la herencia, (artículo 333 Código Civil), ya que la acción de impugnación de la paternidad la tiene prácticamente el marido de la

madre, puesto que es al único que le compete la paternidad, excluyéndosele por lo tanto a toda persona por muy interesada que se encuentre en el asunto.

e) RELACION ENTRE EL DONADOR DEL SEMEN Y EL NACIDO DE LA INSEMINACION. Por excelencia no debe de existir ningún tipo de relación entre el donador del semen y el producto de la inseminación.

Consideramos que el donador al entregar su semen para que éste sea utilizado por una pareja estéril o infecunda, renuncia a cualquier derecho que pueda surgir (reconocimiento del hijo, patria potestad, etc.), si se logra la concepción con su semen, la pareja o matrimonio tendrán que asumir sus responsabilidades como padres del hijo que nazca por este método; por lo anterior es que el donador debe permanecer en el anonimato TOTAL y no debe de haber contra él acción alguna para que se investigue la paternidad, así como también el tiene que desconocer el destino final de su semen.

Pero si se llegará a conocer al donador, y el cónyuge de la mujer desconoce la paternidad, el donador queda en la posibilidad de reconocer legalmente al producto de la inseminación, lo anterior se afirma tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 374 del Código Civil, el cual a la letra dice:

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

haya declarado que no es hijo suyo. "

c) INSEMINACION FUERA DE MATRIMONIO. Estamos hablando aquí de la inseminación artificial por donante practicada única y exclusivamente en mujer soltera, sea viuda o divorciada la cual es libre para decidir y escoger como tiene que ser su vida , como puede disponer de ella así como también de su cuerpo, debe tener además un gran sentido de responsabilidad, al decidir tener un hijo sin los problemas que acarrea el matrimonio o la unión con algún hombre, ser capaz y mayor de edad; puede reconocer al hijo como suyo y de padre desconocido al inscribirlo en el registro civil y se producirán todas las consecuencias jurídicas que con relación a la filiación natural le atribuye el derecho, es decir, el hijo adquirirá el derecho de llevar los apellidos de su madre, esta ejercerá sobre él la patria potestad; y ambos tendrán recíprocamente derechos tanto alimentarios como sucesorios.

En la ley no existe ningún impedimento que prive a la mujer de recurrir a la inseminación artificial por donante, el hijo así concebido es para la ley un hijo fuera de matrimonio, pero no por ello cesan los derechos y obligaciones que se generan por la filiación entre la madre y el hijo.

Respecto del donador de semen este tiene que permanecer en el anonimato pero la ley no prevé, ni regula esto y puede presentarse que la inseminación artificial no reúna todos sus requisitos y que el donador conozca el destino de su semen y quiera reconocer al hijo como suyo o que el hijo en un momento dado quiera saber quien es su padre; corresponde al legislador, si en algún momento quiere regular claramente la inseminación artificial, darle solución a todos los problemas que presenta.

Igualmente consideremos necesario regular la inseminación artificial practicada sin el consentimiento, ya que se considera que la inseminación artificial practicada sin el consentimiento de la mujer, es una grave injuria, una violación, un ultraje a ella, un ilícito al ser inseminada la mujer contra su voluntad.

Así mismo creemos que la inseminación artificial puede realizarse en mujer libre cuando esta no lesione ningún bien jurídico ajeno y no afecte el orden público, la moral y las buenas costumbres.

1.3.- INDICACIONES, TECNICAS Y SELECCION DE SEMEN PARA LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

Durante mucho tiempo se pensó que la mujer era la responsable de la esterilidad en el matrimonio y era rechazada, repudiada, la burla de todos, pero la biología y la medicina han ayudado a que esta idea se venga abajo, ya que se ha determinado que en algunos casos el marido es estéril y no la mujer; dándose un porcentaje aproximado en los hombres de esterilidad de un 48% correspondiéndole a la mujer el 52%, debiéndose en muchos casos la esterilidad en el hombre a los componentes del esperma, es por ello que es importante la realización de un examen mixto de la mujer y del hombre para poder determinar la causa de la esterilidad. Descubierta la misma se podrá determinar si se puede eliminar la esterilidad o no. Este examen indicara además si es posible efectuar la inseminación así como el tipo de técnica inseminatoria que puede ser utilizada.

La esterilidad en el hombre puede ser producto de diversas causas como son la falta de producción de líquido espermático (aspermatismo); ausencia de espermatozoides (azoospermia), por un escaso número de espermatozoides (oligospermia); o por que estos sean de poca vitalidad e incapaces de fecundar al óvulo (necrospermia); estamos hablando en estos casos de esterilidad absoluta del marido, por lo que al encontrar estas anomalías como causas de esterilidad del cónyuge se puede recurrir a la inseminación artificial por donante.

Para entender las diversas causas que originan la incapacidad para la fecundación masculina, consideramos pertinente definir los siguientes padecimientos:

El ASPERMATISMO es la " Falta de esperma, es decir, del líquido seminal segregado por los testículos. Puede ser verdadero o real y entonces es síntoma de que los testículos son atrofiados y son incapaces de producir líquido fecundante; también puede ser aparente en el sentido de que el esperma es segregado por las glándulas testiculares, pero no es expulsado al exterior (eyaculación) a través del miembro viril - en las relaciones sexuales con la mujer o en la masturbación solitaria - , por que pasa a la vejiga urinaria a través de una comunicación anormal. El aspermatismo es naturalmente causa de infecundidad matrimonial masculina. " (7)

(7) SEGATORE, Dr. LUIGI, Ob cit., P.151.

La **AZOOSPERMIA** es la " Falta en el espermatozoide de los elementos fecundantes masculinos llamados zoospermas o más correctamente espermatozoides. Este déficit que indudablemente es causa de infertilidad matrimonial de origen masculino se presenta cuando ambos testículos están insuficientemente desarrollados (hipoplasia), u ocupan un lugar anormal (ectopia o distopia), o están afectados de procesos inflamatorios (orquiepididimitis) de naturaleza hemorrágica o tuberculosa preferentemente. " (8)

Por su parte la **NECROSPERMIA** se entiende como: " aquel estado patológico consistente en la presencia en el líquido seminal masculino (esperma) de espermatozoides muertos, o sea, inactivos, no aptos para su específica función fecundante del óvulo femenino. " (9)

Finalmente, la **OLIGOSPERMIA**. " Es la disminución del número de espermatozoides, elementos fecundantes masculinos, de líquido seminal (esperma) producido por los testículos cuando tiene poca intensidad. puede ser causa de infertilidad matrimonial. " (10)

(8) Ibidem, P. 832.

(9) Ibidem, P. 895.

(10) Ibidem, P. 895.

Si la esterilidad del cónyuge es producto de otras anomalías como por ejemplo; factores psicológicos, congénitos (epispadias, fimosis, hipospadias, etc.), por causas seminales como son: astenospermia que el semen sea de alta viscosidad o por que no licúa satisfactoriamente, por gran volumen de eyaculado con baja concentración espermática; o por oligoastenospermia (un número reducido de espermatozoides y de poca movilidad); se puede en estos casos recurrir a la inseminación artificial homóloga, es decir, utilizándose el semen del cónyuge.

Para una mejor comprensión del tema es necesario aclarar que se entiende por epispadias, fimosis e hipospadias.

EPISPADIAS. " Es la deformación congénita en la cual la uretra se abre en el dorso del pene a mayor o menor distancia del arco del pubis. fisura uretral superior. " (11)

La FIMOSIS. " Deriva del griego estrechar. se suele entender la estrechez del orificio del prepucio. capuchón retráctil de piel que cubre el glande (extremo libre anterior del miembro viril o pene); a consecuencia de esta estrechez, el prepucio fimótico no permite " el descubrimiento " del glande mediante la retracción hacia atrás de la piel del mismo. de forma que

(11) CARDENAS DE LA PENA, ENRIQUE., Terminología Médica, Edit. Interamericana., Ed. 2a., México 1983., P. 160.

la piel del prepucio cubre al glande. " (12)

Por último, la HIPOSPADIAS. " *Es una malformación del miembro viril (pene) que consiste en la presencia del meato anormalmente situado sale la orina durante la micción, provoca a veces trastornos graves, sobre todo después de la pubertad, (dificultad para la cópula carnal con la mujer). El tratamiento es quirúrgico.* " (13)

Las causas por las que se recurre a este tipo de inseminación es muy variada ya que va desde que el hombre se ha sometido a un tratamiento químico de radioterapia, hasta la existencia de algún agente inmunológico que impide la fecundación normal; o por los llamados casos de guerra en que el marido o compañero se encuentra a distancia y envía su semen congelado para que se realice la inseminación de su mujer con su semen; o por factores desconocidos.

Por otra parte, la esterilidad en la mujer se puede deber a diversas causas, dentro de las cuales tenemos la falta de producción mensual del óvulo, o causas que impiden realizar la cópula con el hombre, por que existan algunas adherencias en la vagina que obstruyen dicha cavidad (tabiques en la vagina); por la existencia de medios ácidos en la vagina que destruyen el paso de los espermatozoides por la misma, por factores psicológicos, etc.

(12) SEGATORE, Dr. LUTGL, Ob cit., P. 496.

(13) *Ibidem.*, P. 646.

Desde el punto de vista médico se pueden señalar como factores de esterilidad en la mujer los siguientes:

ESTENOSIS. " *Consiste en la estrechez de algún pasaje natural de la vagina.* " (14)

EROTOMANIA. " *Comporta la disociación entre el amor físico o casual; el individuo erótomano no demuestra ninguna tendencia por el amor físico, el cual no satisface nunca y en cambio está agobiado por el amor psíquico.* " (15)

NINFOMANIA. " *Es una forma patológica de erotismo, es decir, de hiperexcitación sexual propia de la mujer, la cual perdiendo todo pudor, busca continuamente la satisfacción sexual con una libidines desmesurada.* " (16)

FRIGIDEZ. *Respuesta sexual de la mujer psicogénicamente inhibida, manifestada por una variedad de dificultades que*

(14) DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DORLAND., Vol. 1., Edil. Interamericana.-
Mcgraw Hill., P. 537.

(15) SAGATORE, Dr. LUIGI, Ob cit., P. 424.

(16) *Ibidem.*, P. 865.

van desde la falta completa de respuesta sexual, hasta un clímax orgásmico incompleto. " (17)

Los casos en que no debe practicarse la inseminación artificial homóloga y por lo tanto debe recurrirse a la inseminación artificial por donante; es cuando existan enfermedades hereditarias, o el matrimonio sea entre parientes, por existir endocrinopatías con carga hereditaria, por existir infecciones agudas o subagudas del tracto genital femenino o masculino y por incompatibilidad en el factor Rhesus (Rh).

En cuanto a la mujer la única indicación que existe para la práctica de la inseminación por donante es el factor Rhesus (Rh), o para evitar alguna tara hereditaria.

TECNICA. La técnica utilizada para la obtención del semen que se utilizará para la realización de la inseminación es la siguiente:

El espermatozoides es obtenido a través de la masturbación o por masajes en las vesículas seminales, y en los casos en que exista obstrucción de los conductos espermáticos y de eyaculación retrógrada incurable se realiza por la punción de los testículos, el semen es depositado en un recipiente estéril donde se deja por un espacio de quince a treinta minutos, para obtener su licuefacción, procediéndose después a tratar de uno a dos milímetros, imitándose para ello las condiciones naturales,

(17) CARDENAS DE LA PEÑA, ENRIQUE., Ob cit., P. 210.

se elimina el plasma seminal por dilución y centrifugación, después de esta última se pasa a una selección mínima de espermatozoides, los cuales son añadidos a un medio de cultivo artificial, que contiene proteínas de gran tamaño necesarias para la capacitación de los espermatozoides (albúmina o suero sanguíneo), a los treinta minutos de esta operación se seleccionan los espermatozoides que se encuentran en la superficie del cultivo artificial por ser los más activos y los que serán utilizados en la inseminación.

La obtención del espermatozoide debe realizarse con las máximas condiciones de asepsia, para evitar riesgos de contaminación.

La inseminación artificial se realiza de diferentes maneras: vaginal, cervical e intrauterina, las cuales pueden ser utilizadas combinadamente o por separado.

Cualquiera que sea el tipo de inseminación a seguir (intracervical, intrauterina, intravaginal), esta se realiza en mujer normal, es decir, con ciclos ovulatorios espontáneos o bajo control terapéutico adecuado; sin patología evidente o sospechada del cuello del útero, ovarios o peritoneo pélvico, trompas, etc; la cual es colocada en posición ginecológica y mediante una cánula, sonda o jeringuilla es depositado el semen, ya sea en la cavidad uterina, en el cuello del útero, en las trompas, etc; según el tipo de inseminación que se este realizando, después de una media hora durante la cual la mujer reposa en la misma posición ginecológica, puede realizar sus actividades normales; es una intervención indolora si se realiza adecuadamente; inofensiva si se utilizaron todos los métodos necesarios de asepsia y antisepsia, y en algunas ocasiones en las que el líquido seminal llega a caer en la cavidad peritoneal la mujer puede sentir un ligero dolor en las fosas ilíacas. Por seguridad de la mujer la inseminación artificial debe ser

practicada por un médico especializado en la materia. (18)

SELECCION DEL SEMEN. El semen debe ser seleccionado atendiendo las características físicas (fenotipo) del donante, esto es que debe pertenecer al mismo grupo étnico que el marido de la mujer a inseminar, pero además debe reunir las siguientes condiciones: tener el mismo grupo Rh que el de ésta, tener buena salud, ser inteligente, que su fertilidad este probada, es decir, que el semen sea de una excelente calidad, tener capacidad para procrear (ser mayor de edad), además de ser sometido a diversos estudios, así como a un interrogatorio para determinar que no padezca ninguna enfermedad transmisible o algún mal genético importante en su familia.

Esta selección no debe hacerse con fines racistas, sino para lograr que el producto nacido por este método tenga algún parecido con el que será su padre, tampoco para que se pueda llegar a determinar su sexo, o para que se logre crear una raza superior; así como tampoco debe realizarse la donación del semen con fines de lucro, el que dona su semen u óvulos, según el caso, debe hacerlo con espíritu altruista y no para recibir algo a cambio, únicamente se le deben pagar los gastos que realice con la donación.

(18) Cfr. SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit. J. M. DEXEUS, P. N. BARRL, Fertilidad, Departamento de Obstetricia y Ginecología., Instituto Universitario Dexeus., Edit. Masson-Salvat Medicina, España 1993. VERA HERNANDEZ, JULIO CESAR., Inseminación artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas., Revista Foro de México, 1960.

Una vez obtenido el semen este debe ser conservado en los llamados " BANCOS DE SEMEN ", a muy bajas temperaturas para que no pierda sus propiedades y sea utilizado en el momento adecuado para la inseminación, además de encontrarse ya clasificado y atendiendo a las características de cada donador.

1.4.- MATERNIDAD SUBROGADA.

a) **CONCEPTO.** Llamada también madre sustituta (surrogate motherhood); gestación por cuenta de otra, o préstamo de útero; consiste en implantar el embrión de una pareja en el útero de otra mujer la cual llevará a cabo el embarazo, dará a luz y entregará el hijo a la pareja.

Podemos definir al contrato que se origina en esta peculiar relación como el acto jurídico por el cual una pareja (o una persona sola) contrata con una mujer para que a esta se le implante el embrión humano en la matriz y lo desarrolle ahí hasta su nacimiento, para posteriormente entregarlo a la pareja con la cual contrato.

Este tipo de maternidad crea diversos problemas, primero hay que determinar si la mujer que presta el útero para que se lleve a cabo la implantación del embrión y toda la gestación para después dar a luz al producto es la madre por el hecho del nacimiento (maternidad gestante), o si la madre es la que proporciona el óvulo implantado (maternidad genética) e incluso se puede dar el caso de que la madre sustituta aporte también el óvulo; para la ley madre es la que lleva al hijo en el vientre y da a luz (art. 369 Código Civil), así como también las normas que rigen al registro civil se basan en el mismo hecho para

determinar la maternidad (arts. 54-57 Código Civil), debe regirse la maternidad por el mismo principio que rige la paternidad (período de la concepción), es decir, ya que la madre sustituta es la que lleva en su vientre al hijo y da a luz, ella tiene que ser considerada como la madre y no la mujer a quien se le entrega el hijo.

Efectivamente, a través de esta forma de inseminación vemos que se vulnera lo dispuesto por el artículo 360 del ordenamiento sustantivo multicitado, el cual establece lo siguiente:

" La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por sentencia que declare la paternidad. "

Si la madre sustituta es casada, la paternidad se le atribuye al esposo de ésta, en base a la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 324 del Código Civil, y al principio *PATER IS EST QUEM NUPCIAE DEMONSTRANT*, (Padre es quien demuestra las nupcias), aunque éste al existir la prueba de que no es el padre, está en la posibilidad legítima de contradecir la paternidad que se le imputa; y el hijo sería extramatrimonial por parte de la madre.

Ahora en el caso de que la mujer que va a ser inseminada aporte su óvulo, no se estaría dando la subrogación, ya que ésta implica o presupone la implantación de un embrión ajeno, esto es que la mujer subrogada no debe aportar sus óvulos para la procreación, sino estaríamos hablando de una inseminación artificial heteróloga la cual

sería extramatrimonial ya que la que recibe y el que da están casados, pero no entre si, sino con otras personas.

También interviene el factor psicológico en la madre sustituta, ya que si bien se obliga a entregar al hijo al momento del nacimiento, que efectos emocionales ya sea a mediano o largo plazo la afectarían, se puede despertar su instinto materno y negarse a entregar al hijo a la pareja estéril y estando en todo su derecho de conservar al hijo procreado, ya que no existe forma jurídica para que el hijo pase a ser del matrimonio con el cual se pacto y la obliguen a entregarlo; y que efectos psicológicos traerla para la mujer que espera la entrega del hijo, ya que se habla de que tiene que existir una relación entre la madre sustituta y la madre aportadora o que va a recibir al hijo.

Este tipo de forma de "adquirir" un hijo puede salir del ámbito de legalidad ya que podría ser utilizada para fines de lucro y no altruistas, como puede ser que se utilice para procrear bebes y luego venderlos, en donde la mujer sería utilizada como una especie de incubadora, la cual recibiría una cantidad de dinero por el hijo, etc., por lo que este tipo de relación no debería permitirse, así como tampoco debe reglamentarse a favor, e inclusive debería sancionarse penalmente si se llegase a cometer.

b) SU RELACION CON LOS CONTRATOS Y SU LEGALIDAD.

Para que pueda darse este tipo de forma de procreación tiene que existir un contrato en el cual una de las partes (pareja, matrimonio estéril o una sola persona) se obliga a proporcionar la célula fecundada (embrión humano) a la otra para que le sea implantado en la matriz y desarrolle ahí hasta su nacimiento y al momento de llegar este, entregar al nacido a la pareja estéril con la que se celebró el contrato.

Este tipo de procreación presupone dos actos:

- a) Contratar con la mujer que proporciona el vientre hasta el momento del nacimiento (parto).

- b) La entrega del niño a la pareja estéril y proporcionadora de la célula fecundada (gametos femenino y masculino).

Cabe mencionar que el cumplimiento de este contrato por parte de la mujer, no genera la acción de ejecución forzada de la misma, ya que al no estar regulada en nuestro derecho mexicano esta forma de procreación se pueden generar una serie de conflictos.

En ese orden de ideas algunos autores como Manuel Chávez Ascencio, consideran que el contrato que se celebra para la autorización de este tipo de inseminación es el de:

a) **COMPRAVENTA.** Este acto jurídico surge cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero (art. 2248 Código Civil), por lo que es un contrato traslativo de dominio, en donde se paga un precio, es decir, una suma de dinero que el comprador entrega al vendedor por la cosa cuya propiedad le transmite el vendedor; la cosa materia del contrato sólo se refiere a bienes muebles o inmuebles que estén dentro del comercio y de

acuerdo con el artículo 2269 de la ley sustantiva que establece que sólo se puede vender lo que es propio. Por lo que podemos decir que el ser humano no es una cosa así como también que hay una imposibilidad jurídica para que el ser humano sea considerado como objeto de un contrato.

Art. 2269.- " Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad. "

Art. 2248.- " Habed compraventa cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. "

Por lo tanto el hijo nacido a través de madre sustituta no es un objeto, ni un bien propio, es una persona que cuenta con derechos desde que es concebido y nace (art. 22 Código Civil), por lo que no es un objeto que se pueda comprar, así como tampoco es propiedad de nadie, por lo que no puede haber compraventa.

Art. 22.- " La capacidad jurídica de las personas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código. "

b) ARRENDAMIENTO. A través del contrato de arrendamiento una de las partes se obliga a proporcionar el uso y goce temporal de una cosa y la otra a pagar por ese uso y goce un precio cierto (art. 2398 Código Civil). En este caso lo que se proporciona es el útero el cual no es una cosa, sino que es parte integral del cuerpo humano y no se puede prestar así como tampoco se puede prestar a otra persona un pie, una mano, un ojo, etc, para que después de que lo haya usado y gozado lo devuelva, por lo que el cuerpo humano esta fuera del comercio, además de que cuando se toma algún bien en arrendamiento no se tiene la obligación de que el dueño del bien arrendado nos entregue algo que es de su propiedad, en ese orden de ideas si el contrato de una madre sustituta se quiere equiparar con el de arrendamiento se tendría que explicar el porque la madre tiene la obligación de entregar a su hijo a la pareja con la cual contrato. Por lo antes expuesto consideramos que tampoco puede haber contrato de arrendamiento.

Art. 2398.- *"Hay arrendamiento cuando las dos partes se obligan recíprocamente, una, a conceder el uso o goce temporal de una cosa y la otra, a pagar por ese uso y goce un precio cierto."*

c) PRESTACION DE SERVICIOS. El Código Civil regula los diferentes tipos de contratos de prestación de servicios, en este caso el de prestación de servicios profesionales en donde el que presta el servicio y el que lo recibe pueden fijar de común acuerdo la retribución debida de cada uno.

La madre sustituta no es una profesionista en materia de gestación, lo cual es algo biológico y natural, además de no contar con los conocimientos necesarios que sobre la materia se requieren, es prestadora de un servicio en el cual no se compromete a un resultado,

simplemente a prestar el servicio, por lo que no es un contrato de prestación de servicios en específico, más bien es un contrato de prestación de servicios en general.

d) CONTRATO INNOMINADO. Es aquel que no está expresamente reglamentado en la ley, se rige por las reglas generales de los contratos, y sobre todo al que más se parezca; luego entonces el contrato de inseminación es innominado. De acuerdo con el artículo 1836 del Código Civil sería también un contrato bilateral, el cual podría ser oneroso o gratuito (art. 1837 Código Civil); teniendo esta última característica aún en el caso que la madre sustituta sólo recibiera el dinero necesario para cubrir los gastos de la gestación; formal por que requiere ser escrito, es decir, que las partes manifiesten de manera fehaciente que es su voluntad celebrar el contrato (art. 1833 Código Civil); complejo porque requiere la intervención de varias personas: la pareja solicitante, la madre sustituta y si es casada la intervención de su esposo, y del médico ejecutante; de tracto sucesivo ya que las prestaciones se van ejecutando durante la gestación y, finalmente, a término ya que concluye con la entrega del nacido.

En cuanto a su legalidad, se considera que éste procedimiento de maternidad subrogada es ilícito, aún cuando se le quiera ver como un contrato innominado, que es el más viable en el cual se puede encuadrar éste método; ya que el artículo 1794 del Código Civil requiere para la existencia de un contrato, un objeto que pueda ser materia de dicho contrato, y más aún el artículo 1825 del mismo ordenamiento, establece que la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio; y la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar o que se encuentre en el comercio de los hombres, a parte de que la madre sustituta no tiene ningún derecho a concebir un hijo y después abandonarlo o entregarlo a otra persona, lo cual está penalizado

(artículos 335 y 336 Código Penal). (19)

▪ El procedimiento de 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. ▪ (20)

Por los numerosos conflictos que genera la maternidad subrogada es que consideramos que es más viable y aconsejable que se recurra a la adopción, que a la practica de este procedimiento.

1.5.- FECUNDACION IN VITRO O EXTRACORPOREA.

a) CONCEPTO Y CLASIFICACION.

La fecundación en sí, es el fenómeno por virtud del cual se unen los gametos femenino y masculino (ocito y espermatozoo) en la región de la ampolla de la trompa de falopio.

-
- (19) CHAVEZ ASIENCIO, MANUEL F., La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídico paterno filiales, Ed. 2a, Edit. Porrúa, S.A., México, 1992, Pp. 46-48
(20) GARCLA MENDIETA, CARMEN., Revista del supremo Tribunal del Estado de Durango, Nums. 20-21, Edit. Del Supremo Tribunal de Justicia, Octubre de 1985, Marzo de 1986, México., P. 5.

De acuerdo con la definición anterior la fecundación extracorpórea o in vitro, la podemos definir como la fecundación del óvulo obtenido a través de las técnicas de laboratorio por existir algún obstáculo insuperable que impide que el semen lo fertilice de forma natural, es decir, en el interior del tercio externo de las trompas de falopio, por que el óvulo y el semen son extraídos previamente de la mujer y del hombre, y fecundados en laboratorio para luego ser implantado el embrión en el útero de la mujer.

Podemos clasificar esta técnica de reproducción en homóloga cuando los elementos utilizados (semen y óvulo) son proporcionados por la pareja o matrimonio estéril que solicita la fecundación; y heteróloga cuando se utiliza el elemento de un sólo miembro de la pareja solicitante y el elemento de un tercero o extraño, o ambos elementos son proporcionados por terceros. Naciendo así los llamados bebés de probeta o "**TEST-TUBE BABIES**", que son concebidos en tubos de ensayo en el laboratorio.

b) CASOS EN QUE PROCEDE. Se ha establecido ya que hay más mujeres estériles que hombres, lo cual no es raro ya que la mujer es la encargada de realizar una doble función: crear sus propios gametos (al igual que el hombre), pero en la mujer estos tienen que seguir un trayecto a través de un sistema lento y de movilización difícil para acercarse al lugar de encuentro con el espermatozoide; además de ser la mujer la encargada de realizar todo el proceso de gestación, es decir, desde la fecundación hasta el parto, por lo que la esterilidad en la mujer puede tener un doble origen: ser una esterilidad en sentido estricto, es decir, que se deba a la incapacidad para crear gametos, o a infertilidad por incapacidad para retener el embrión en la matriz.

La esterilidad en la mujer puede deberse también a que exista obstrucción de las trompas, a trastornos en la ovulación, a lesiones en

el cuello del útero, a alteraciones en el moco cervical, o puede tener un origen mixto en el cual existe un rechazo entre las células germinales de los miembros de la pareja, o por alguna causa desconocida.

La fecundación in vitro o extracorporal (FIV) se lleva a cabo en los casos en que existe obstrucción en las trompas (obstrucción tubárica) que impide que a través del coito se realice el encuentro entre el óvulo y el espermatozoide, se procede a provocar una super ovulación en la mujer para extraer los óvulos que serán fecundados en laboratorio utilizando el semen del marido o de un tercero que previamente haya sido también extraído, para posteriormente transferirlos al útero de la mujer, ya que su ovulación y su capacidad de gestar estén en condiciones de llevar a buen término un embarazo.

Cuando existen trastornos en la ovulación y no pueden ser corregidos entonces se recurre a la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja, si el marido también es estéril, pero siempre tomando en cuenta que no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto, es decir, que haya un rechazo, por parte del cuerpo de la mujer y sea contraproducente.

En el caso de que exista infertilidad o esterilidad absoluta en la mujer se podría recurrir a la maternidad sustituta, pero en este caso es más aconsejable la adopción por las cuestiones expresadas con anterioridad en este capítulo.

Se puede recurrir a esta técnica de fecundación también cuando el marido es oligospermico, ya que utilizándose en ella un reducido número de espermatozoides es suficiente para conseguir la fecundación del óvulo.

c) EL PRINCIPIO DE LA PERSONALIDAD. De acuerdo con nuestro derecho positivo, la personalidad se origina desde la concepción, es decir, desde el momento en que el óvulo es fecundado por el espermatozoide; cabe aquí preguntarnos si el concebido a través de la fecundación in vitro tiene personalidad jurídica o no.

De acuerdo con el artículo 22 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, anteriormente visto en este capítulo, el cual nos establece que la personalidad se adquiere desde el momento en que un individuo es concebido, dicho precepto no nos aclara el lugar de la concepción, por lo que podemos deducir que el concebido in vitro tiene personalidad jurídica y entra bajo la protección de la ley, además de que al adquirir la personalidad jurídica adquiere también la capacidad para heredar (art. 1314 Código Civil).

d) TECNICAS DE FECUNDACION EN LABORATORIO Y LA TRANSFERENCIA DEL CIGOTO. Para que esta técnica se realice se tienen que seguir diversos pasos:

- Obtener o extraer el óvulo o los óvulos y el semen.
- Llevar a cabo la fecundación in vitro, es decir, la unión del espermatozoide y el óvulo, incluyendo sus primeras divisiones.
- Transferir el embrión de pocas horas al útero para que ahí se desarrolle totalmente. (21)

(21) Cf. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 539., ZANNONI, EDUARDO A., Ob. cit., Pp. 452-453., J.M. DEXEUS, P.N. BARRI, Ob cit., P.136.

Se provoca una super ovulación en la mujer, para poder extraer los óvulos mediante la utilización del método de laparoscopia; aunque en algunos casos se utiliza el método de punción folicular que no requiere de anestesia general como la cirugía laparoscópica, para aspirar los óvulos mediante la ecografía. Previa anestesia general de la paciente, una larga aguja es introducida y guiada por un aparato óptico introducido en la cavidad abdominal que permite que el ovario sea examinado y ser aspirado el contenido folicular (óvulo), por la aguja (cirugía laparoscópica). (22)

Mientras que para el método de punción folicular este se realiza por medio de una aguja que es introducida de manera transabdominal y guiada hasta el folículo mediante un examen ultrasónico. Para ambos métodos son extralidos varios óvulos mediante la super ovulación provocada y fertilizados, para el caso en que la mujer no quede embarazada en el primer intento, los cuales pueden ser transferidos dos o tres meses después, sin la necesidad de practicarle una nueva extracción de óvulos.

La fecundación in vitro es posible mediante la manipulación de los gametos femeninos y masculinos (óvulos y espermatozoide respectivamente), la cual se logra a través de las técnicas de congelamiento que permiten que se disponga de ellos durante un tiempo considerable que pueden ser años, son conservados a muy bajas temperaturas y en nitrógeno líquido, es por eso que existen bancos de semen y bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización, el cual puede ser donado, vendido o comprado según sea el caso y la necesidad, e incluso existen bancos de embriones.

(22) Ib dem.

El material a utilizar en la fecundación tiene que estar debidamente esterilizado y tratado de antemano para evitar la posible difusión de sustancias tóxicas en el medio, ser de plástico o de vidrio; deben evitarse los cambios bruscos de temperatura o del Ph, ya que pueden afectar a los gametos; así como las luces intensas por lo que el cultivo se desarrolla en la obscuridad y con sistemas confiables de regulación térmica y gaseosa por lo que al huevo se le crea un ambiente similar al que tendría en el seno materno; después de varias horas en las que supuestamente el óvulo ya fue fecundado por el espermatozoide, es traspasado a un nuevo tubo de cultivo, esto para eliminar los espermatozoides que hay en exceso y que progresivamente van muriendo y pudieran alterar la composición del medio creado artificialmente; se calcula que la primera segmentación se realiza dentro de las veinticinco y treinta y cinco horas después de que se realizó la fecundación in vitro, y que a las cuarenta y ocho horas el huevo posee cuatro blastómeros y es el momento para realizar la transferencia del cigoto al útero.

TRANSFERENCIA DEL CIGOTO. El embrión o los embriones, ya que se utilizan dos, tres y hasta cuatro por que se considera que más de ese número amplia el riesgo de embarazos múltiples y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo; son transportados por un fino catéter, no traumático e introducido este en el útero por el cuello, depositándose los embriones sobre la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivo.

Es importante que para el éxito de esta intervención la paciente se encuentre en un estado de relajamiento al momento de la reimplantación del embrión. Las divisiones posteriores que sufre el embrión transcurren en el útero y siguen su cause normal hasta culminar con el nacimiento.

Otra variante de esta técnica de fecundación es la llamada transferencia intratubárica de gametos (GIFT o TIG), la cual consiste en colocar dos óvulos en cada una de las trompas, los cuales son extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que estos fecunden a los óvulos en las trompas, es decir, en el lugar natural donde se produce la concepción, y si todo transcurre normal los espermatozoides penetrarán al óvulo formándose el embrión, el cual descenderá dentro de las trompas hacia el útero, por lo que la concepción se produce dentro del cuerpo de la mujer.

Y la denominada transferencia intratubárica de cigotos (ZIFT), la cual es una combinación de la fecundación in vitro (FIV) y de la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), consistente en que ya fecundados los gametos femeninos y masculinos, y obtenidos los embriones se transfieren directamente a las trompas de falopio y no al útero, utilizando para ello el mismo mecanismo de GIFT; esta técnica es utilizada en los casos de infertilidad masculina por la falta de cantidad o de movilidad de los espermatozoides (oligospermia), o para tratar factores inmunológicos (anticuerpos que atacan contra la vida del espermatozoide), y para aplicarla es necesario que no exista obstrucción alguna en las trompas de falopio y que la mujer no sufra alguna anomalía orgánica o funcional.

En cuanto a los demás embriones que no son utilizados por la pareja que aportó el material genético, estos deben destruirse o ser utilizados para investigaciones posteriores, pero nunca para ser utilizados en otra pareja estéril o imposibilitada para obtener su propio embrión; en cuanto a los bancos de embriones, su fin tiene que ser exclusivamente, el de conservar éstos por un tiempo determinado (en el caso de que no se logre el embarazo en el primer intento), para una pareja concreta, es decir, la que aportó el material genético; o que el banco los utilice para investigaciones o la docencia.

e) DENTRO DEL MATRIMONIO:

CONSENTIMIENTO MUTUO. Consideramos que se requiere que ambos consortes estén de acuerdo en la realización de esta técnica, especialmente la mujer ya que en el caso de que ella no aporte el óvulo, recibirá un óvulo extraño fecundado con el semen de su marido y será ella la encargada de llevar en su vientre el óvulo fecundado, y por lo tanto el embarazo. La violación a la libre decisión de cualquiera de los consortes se considera como una injuria grave, especialmente si es en contra de la voluntad de la mujer por ser un embarazo que tendrá que soportar sin haberlo deseado.

LEGISLACION. Siguiendo la legislación civil, si la fecundación in vitro se realiza con gametos proporcionados por la pareja, el hijo producto de ésta, será hijo de matrimonio. En el supuesto de que alguno de los gametos provenga de un tercero (donante), al ser insertado el embrión en el útero de la mujer que va a llevar el embarazo para luego dar a luz al hijo, para la ley ésta será la madre. Si ésta es casada, el padre del hijo será su cónyuge.

Al haber un tercero donador, ya sea del gameto femenino o del masculino, éste al momento de donar el óvulo o el esperma según el caso, renuncia a cualquier vínculo con el elemento donado. Pero la ley debe prever el caso en que el donador quiera reclamar sus derechos, ya que biológicamente éste puede ser el padre o la madre, según lo que haya donado.

En cuanto a la existencia de los embriones que no fueron implantados en la mujer y que se encuentran como embriones sobrantes, para que no sean implantados en otra mujer cabe aplicarse

en este caso la Ley General de Salud, que en su artículo 334 establece que cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera para la docencia o investigación en cuyo caso los establecimientos de salud podrán conservarlos o remitirlos a las instituciones docentes que estén autorizadas por la Secretaría de Salud en los términos de los reglamentos respectivos. Este mismo ordenamiento indica en su artículo 314 fracción V que por embrión se entiende el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la doceava semana de gestación; no especificándonos si se trata sólo del fecundado en el cuerpo de la mujer o del obtenido por medio de la fecundación in vitro.

De lo antes manifestado consideramos que los embriones que no sean utilizados para la implantación particular deben de ser incinerados, salvo en el caso que se requieran para la docencia o la investigación en este supuesto, serán conservados y enviados a las instituciones autorizadas por la Secretaría de Salud, la cual tiene competencia para ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

SITUACION ENTRE LA MADRE Y EL HIJO. De acuerdo con lo contemplado en la ley, es la madre del nacido la que lo da a luz al momento del parto, no estableciéndose la forma como fue concebido por lo que la madre es la que lo lleva en el vientre y se encarga del proceso del embarazo y el hijo tendrá todos los derechos que de esa filiación se deriven.

Pero puede presentarse el caso de que a la mujer se le implante en contra de su voluntad el óvulo de una extraña fecundado con el semen

de su marido, o que se le haga creer que es su propio óvulo fecundado con el semen de su marido, cuando es el óvulo de una tercera; en estos casos la mujer al darse cuenta del hecho o al momento de conocer la verdad puede ejercer la acción de impugnación de la maternidad y tratar de demostrar que no es la madre del hijo que se le imputa, pero al no estar reglamentada en la ley dicha acción de impugnación de la maternidad, creemos que deben aplicarse los mismos preceptos que para la impugnación de la paternidad, ya que ambos cónyuges tienen los mismos derechos y son iguales para la ley.

Así mismo debemos tener en cuenta que si la madre obtiene éxito en la impugnación de su maternidad, cae por tierra la presunción del artículo 324 del Código Civil, motivo por el cual se requiere para estos casos de inseminación artificial una modificación en la legislación, pues de lo contrario estaríamos hablando de un hijo habido fuera de matrimonio entre el marido y una tercera mujer.

SITUACION DE LA DONADORA. La donadora del óvulo femenino por el simple hecho de la donación del óvulo para que sea implantado en el útero de otra mujer, quedando excluida de toda relación de filiación por lo cual no podrá reclamar derecho alguno sobre el concebido in vitro.

C A P I T U L O II

EVOLUCION Y SITUACION LEGAL DE. LA INSEMINACION Y FECUNDACION ARTIFICIAL.

2.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

El campo de aplicación de la inseminación artificial era exclusivo del género animal, con Don Fonchom aplicándolo en peces en el año 1420, y L. Jacobi en 1742; aunque parece que éste procedimiento fue conocido con anterioridad por los árabes entre los años 1300 y 1332, ya que no hay precisión en cuanto a la fecha, en la que un Jaque árabe utilizó el semen de un magnífico ejemplar equino propiedad de un jefe enemigo, el cual recolectó clandestinamente para fecundar por métodos artificiales una de sus yeguas y obtener así caballos de raza; pero no hay pruebas que indiquen que las antiguas tribus árabes hayan practicado la inseminación artificial.

La primer inseminación artificial en animales, de la cual se tienen registros es la realizada por el Abate italiano Lázaro Spallanzani, al cual se le considera como el precursor de éste método, no existiendo una fecha exacta de cuando se realizó éste experimento (1775, 1779, 1784 y 1785), el cual consistió en que Spallanzani crió una perra, a la

cual encerró en un cuarto aislado donde le llevaba alimentos, cuando la perra mostró signos de estar en celo, le inyectó en la vagina y en el útero por medio de una pequeña jeringa, una cierta cantidad de líquido seminal de un perro, a los dos días la perra ya no estaba en celo, y a los sesenta y dos días, dio a luz tres perros parecidos a la madre y al padre ausente; destruyendo así la teoría del "aura seminalis", y demostrando que se puede producir la gestación sólo con el contacto directo de los gametos masculinos y femeninos, más tarde Rossi, amigo de Spallanzani, repitió también en perras inseminaciones, las cuales fueron exitosas, escribiéndole a Spallanzani:

" No se aún si esto que acabáis de descubrir no tendrá algún día en la especie humana aplicaciones con las cuales no soñamos y cuyas consecuencias no serán ligeras. " (23)

Desde las investigaciones y descubrimientos de Spallanzani, se utilizó éste método de procreación en la especie animal y sobre todo en Rusia, por F. I. Ivanoff, en el año 1899, que lo aplicó en gran escala en todas las especies animales.

Su aplicación en la especie humana, ha sido atribuida a diferentes investigadores, Koerner cita a Eustaquio, diciendo que fue practicada por éste y con éxito a mediados del Siglo XVI, Munter al describir un viaje que hizo a Portugal y España a finales del Siglo XV, narra con

(23) RASBAUD, RAYMOND., El drama humano de la inseminación artificial., Traducido del francés por el Dr. Baldomero Cordón Bonet, Impresiones Modernas, México, P. 13-14.

tujo de detalle el "modus operandi", de como médicos españoles efectuaron la inseminación artificial con una cánula de oro, en la Reina doña Juana de Portugal y segunda esposa de Enrique IV "El impotente", con semen de éste. En el año 1779, es reportada la primera inseminación artificial en humanos, la cual fue practicada por el célebre cirujano inglés John Hunter, ante un caso de hipospadía, esta se realizó en la esposa de un mercader en fibras, el cual no se resignaba a quedar sin descendencia; el procedimiento consistió en inyectar con una jeringa el esperma del esposo en la vagina de la mujer, la cual concibió. (24)

La primera inseminación artificial reconocida en los Estados Unidos de Norte América, se efectuó en Nueva York, en el año de 1866, por el Dr. J. Marion Sims, que practicó una serie de 55 inseminaciones intrauterinas, utilizando el esperma de los maridos, pero sólo una mujer logró concebir, después de diez intentos de inseminación, el Dr. Sims atribuyó sus fracasos a las técnicas defectuosas; abandonando posteriormente la práctica de este método por considerarla inmoral. Otros científicos del Siglo pasado como Girauld (1838), Gijón (1871), Repiquet, Gerard quién presentó en 1885 una tesis sobre inseminación artificial y fue obligado por la Facultad de Medicina de París, en Francia, a retirarla; Sir Everett Millars en Inglaterra; Linderman en Rusia, entre otros reportaron haber utilizado este método como una necesidad de los matrimonios estériles para obtener descendencia.

Pancoas, en el año de 1884, efectuó con éxito la primera inseminación artificial por donante, en la Escuela de Medicina de

(24) Cf. RASBAUD, RAYMOND., Ob cit., Pp. 14-16., ZANNONI, EDUARDO A., Ob cit., P. 44.

Jeferson, Filadelfia.

Es en el Siglo XX, cuando la inseminación artificial tiene un mayor auge: en 1911 en Inglaterra, el Dr. Roelheder practicó 65 inseminaciones artificiales, de las cuales 31 fueron un éxito; en Francia en el año de 1928, el Dr. Schorochowa reportó 88 inseminaciones, con 33 éxitos; siendo éste auge más notorio en el año de 1941, en Estados Unidos, debido a la Segunda Guerra Mundial y a la separación forzosa a la que se vieron obligados varios matrimonios y parejas, en las cuales el varón tuvo que abandonar el hogar por cuestiones militares; es lo que los indujo a realizar fecundaciones a distancia y transportar con éxito el semen de los soldados a sus esposas a través de los aviones, y previa cita en una clínica determinada, éstas acudían para que se les practicará la inseminación con el semen de sus esposos; reportando el Dr. Seymour y el Dr. Koerner, en ese año 9,489 casos de inseminación artificial de las cuales en 5,800 se utilizó semen del esposo y en 3,689 se utilizó el semen de un tercero, culminando todos en embarazo. (25)

En 1949 Polge, Smith y Parker, describieron la eficacia de añadir al esperma glicerol, para permitir la preservación de los espermatozoides congelados; en 1953, Bunge y Sherman informaron los primeros embarazos humanos logrados con semen almacenado y congelado. Siendo en la década de los sesenta, en Estados Unidos, donde surge el establecimiento de los bancos de semen, siendo actualmente un total de diecisiete, en dicho país donde al donador se le pagan cuarenta

(25) Cfr. ZANNONI, EDUARDO A., Ob cit., VERA HERNANDEZ, JULIO CESAR., Inseminación Artificial en Seres Humanos. Incidencias Jurídicas., Revista Foro de México, 1960.

dólares por ración de semen. Pero tal vez los progresos más impresionantes de la inseminación artificial por donante se encuentran en la Organización de Servicios de IAD, a escala nacional en Dinamarca y Francia. En Dinamarca existe un banco central de esperma en Copenhague, que envía semen almacenado a veintidós departamentos de ginecología de dicho país y al departamento del sur de Noruega y de Islandia.

En México en el año de 1946, el Dr. Guerrero publicó los requisitos para la inseminación artificial por donante, mostrándose contrario a ésta, ya que él no encuentra justificación alguna para el empleo de un donador; en 1948, Aguirre F. reportó un caso de inseminación artificial por donador, el cual tuvo éxito al segundo intento; en el año de 1954, Mateos Fournier presentó a la Academia de Medicina, un trabajo sobre fecundación artificial, en el cual reportó un caso donde se utilizó con éxito el semen de un donante. (26)

En el año de 1976 en el Centro para el Estudio de la Fertilidad, en Francia se emitió un reporte en el cual se refleja que se practicaron 33 inseminaciones, de las cuales 11 fueron homólogas, y un promedio de éxito de 41.67%; y 21 heterólogas con un promedio de 80.95% de éxito.

Respecto de la fecundación artificial in vitro, existen antecedentes de que en el año de 1930, el zoólogo británico, Gregory Goodwin Pincus, logró la activación artificial de un óvulo no fecundado de una coneja, así

(26) Ib dem. Pp. 18.

como el primer parto de un conejo vivo sin padre; obteniendo con ello resultados prometedores en el área de la biosíntesis de las hormonas suprarrenales.

En la década de 1940, las investigaciones se extendieron a los seres humanos a través de los científicos Rock y Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1958) y Moricard (1959), obteniendo todos fecundaciones in vitro, pero no pudieron prolongar la vida del embrión por más de cinco o seis días. (27)

Entre los años 1960 y 1961, el biólogo italiano, Daniele Petrucci, investigador de la Universidad de Bolonia, al tratar de estudiar los caracteres de las células que originan malformaciones como la leucemia y el cáncer, logra el desarrollo de embriones in vitro, uno de los cuales se mantuvo vivo durante casi sesenta días en el tubo de ensayo e incluso su evolución fue filmada, ésta experiencia fue condenada por diversos sectores de la población y a petición de la Iglesia Católica, Petrucci interrumpió sus investigaciones.

En los años 1969 y 1970, se volvió a tratar de fecundar óvulos humanos en el laboratorio, pero la vida de los embriones sólo duraba una semana. Es en el año de 1978, en que el Dr. Patrick C. Steptoe, ginecólogo británico, y el fisiólogo Robert C. Edwards, logran el nacimiento de Louise Brown, el primer bebe de probeta "TEST TUBE BABY", el 15 de julio de ese año, en el Hospital General de Olham,

(27) ZANNONI, EDUARDO A., Ob cit., P. 464.

Inglaterra; siendo la primer criatura que es concebida fuera del vientre de su madre, Lesley Brown, a la que le fue extraído un óvulo para ser fecundado en el laboratorio con el semen de su esposo, Gilbert John, produciéndose así la concepción in vitro para luego ser implantado el embrión en el seno materno, para que ahí se desarrolle el embarazo y culmine con el nacimiento

El 14 de enero de 1979 en Glasgow, Escocia, nació el primer varón concebido in vitro, el cual fue bautizado como Elaister Montgomery.

Abriéndose con ello el horizonte para la fecundación in vitro y para las parejas estériles que no podían concebir hasta ese momento; y cuanta razón tuvo Rossi cuando le escribió a Spallanzani, ya que hasta nuestros días no se ha encontrado una solución concreta para las consecuencias que la aplicación de estos métodos traen para la especie humana.

2.2.- DISPOSICIONES LEGISLATIVAS.

Existen en la actualidad diversos países que han dictado normas específicas, respecto de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro, así como también de los efectos que producen estos medios de concepción en el derecho:

ESTADOS UNIDOS. En este país se aplica en un alto índice la inseminación artificial. Sirvió de base para su reglamentación el trabajo que dio a conocer el comité de expertos de la Sociedad Americana: Working party of the "ad hoc" committee of experts on ethical and legal

problems relating to human genetics.

Cinco de sus estados han dictado sus propios reglamentos y siendo uno de los más completos "El Código Sanitario del Estado de Nueva York", el cual requiere entre otras garantías un examen de las condiciones del donador de semen y que su nombre quede archivado con carácter de confidencial.

El proyecto de ley presentado al cuerpo legislativo del Estado de Nueva York en 1949 establecía:

" Un niño nacido en una mujer casada por medio de la inseminación artificial humana efectuada con el consentimiento del marido, es considerado como hijo natural legítimo, tanto del marido como de la mujer, con todas las consecuencias que tal estado comporta. " (28)

Otro proyecto presentado al Senado de Virginia, estaba concebido en los siguientes términos:

" Los hijos nacidos de la inseminación artificial serán

(28) SORRENTINO, JOSEPH, La revolución moral., Edit. 1972, Pp. 68-69.

considerados hijos legítimos para todos los efectos si el marido de la madre ha consentido la operación." (29)

SUECIA. En 1984, dictó una Ley regulando la fecundación asistida, la cual entró en vigor el 1o. de Marzo de 1985, refiriéndose en particular a la inseminación artificial por donante practicada en mujeres casadas, las cuales requieren del consentimiento del cónyuge para que se pueda realizar la inseminación, estableciéndose además que esta sólo puede realizarse en un hospital, en una institución o en una residencia para enfermos por un médico, que tenga conocimientos especiales en ginecología, las autoridades médicas pueden permitirle a los médicos que hagan la inseminación artificial en las instituciones mencionadas, o en otra parte.

El donante del semen puede ser elegido por el esposo. En caso contrario le corresponde al médico hacer los trámites convenientes para impedir que el esposo tenga conocimiento de quién es el donante, así como para impedirle a éste conocer quien es la mujer.

Menciona también que no puede promoverse un juicio al donante por la paternidad del producto concebido con su semen. Pero si la inseminación se realiza con el consentimiento de otro hombre que no

(29) FLORES GARCIA, FERNANDO., *La Inseminación Artificial.*, Edit. Grijalbo, México, 1970, P. 220

sea el marido, se tendrá que aclarar quien es el donante del semen. (30)

En **DINAMARCA** también se dicta un reglamento sobre inseminación artificial por donante el cual establece que la inseminación sólo puede efectuarla un médico con conocimientos especiales en ginecología o un médico con autorización especial de las autoridades de salubridad en Hospitales del Estado o Municipales, privados. Requiere además que se presente por escrito al médico la solicitud de inseminación, la cual sólo se realizará con el consentimiento por escrito del marido y cuando la mujer sea mayor de edad. El hijo así nacido se considera de matrimonio.

Establece que la inseminación no se llevará a cabo cuando exista peligro inminente de que el nacido, a causa de una predisposición hereditaria, continuará padeciendo de una enfermedad mental, epilepsia o una seria enfermedad corporal. Tampoco podrá realizarse cuando la mujer y su esposo, a juicio del médico, carecen de los medios para educar y cuidar al nacido. Cuando la mujer no está casada la inseminación sólo se puede realizar cuando se invoquen especiales motivos para ello, y que la mujer se encuentre en posibilidades para educar al nacido y cuidarlo.

Establece como obligaciones del médico seleccionar al donante apropiado, evitar que la identidad de la mujer, del marido o del donante sean conocidas por las partes. Prohibiendo que el donante este emparentado con la mujer, en línea recta descendente o ascendente; ni

(30) SANCHEZ VARGAS, JULIO, *Et Alius* La inseminación Artificial y sus posibles consecuencias penales, P. 100 México 1980, Revista mensual.

ser hermano, ni medio hermano. No teniendo el donante el deber de contribuir a sostener a la criatura ni a la madre, establece que las personas que tengan conocimiento de la realización de una inseminación deben guardar silencio, imponiendo un castigo de seis meses de prisión para aquel que no guarde el secreto.

ITALIA. En 1959, se presentó un proyecto que castigaba todo tipo de inseminación, en la cual se imponía prisión de tres meses a tres años, a todos aquellos que intervinieran o realizaran alguna inseminación, este proyecto era respaldado por Riccio, Russo y Funzio, los cuales estaban en contra de la procreación artificial en cualquiera de sus facetas.

AUSTRALIA. En 1983 es sancionada la Family Amendment Act, y en 1985 la Marriage Amendment Act, las cuales consagran que son hijos de matrimonio, los procreados mediante un procedimiento médico al que ha dado su consentimiento el marido, así mismo debe considerarse padre del hijo al varón que conviva con la madre cuando este haya prestado su consentimiento para la inseminación artificial con donante.

ESPAÑA: Sirve de base a las discusiones del Parlamento Español, el informe de la Comisión Palacios para sancionar la Ley 35/1988 sobre técnicas de reproducción asistida, promulgada el 22 de noviembre de 1988, la cual precisa que la inseminación artificial no constituye adulterio, al faltar la cópula carnal con una persona distinta al esposo,

pero que debe considerarse una violación al deber de fidelidad y un grave acto de desobediencia de la mujer. Si el marido prueba la imposibilidad física del acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, la mujer puede ser condenada por adulterio aún sin que se probará la existencia del amante.

ALEMANIA. Su proyecto de Código Penal del año de 1962, equiparaba la practica de la inseminación artificial por donante con el adulterio, no le daba importancia al consentimiento de los interesados, imponiéndole prisión que iba de dos hasta seis años, a los que consintieran en la practica de la inseminación, la referencia se encuentra en su artículo 203, bajo el rubro "Delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas".

INGLATERRA. En 1984, El informe Warnock, en Londres, en su recomendación 53, sugiere que la ley debe ser modificada en el sentido de permitir que el marido sea registrado como padre. El art. 9 del Proyecto Preliminar de Recomendaciones del consejo de Europa, sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, propone un modelo completo para resolver no sólo el problema de la filiación, por lo que toca al marido, sino también en relación al donador, que es el padre genético en la reproducción asistida. Si la mujer es casada, el cónyuge será considerado como el padre legítimo, y si hubiese dado su consentimiento, ni él ni ningún otro podrán disputarle la paternidad del niño por el sólo hecho de la procreación artificial. Ninguna relación de filiación podrá establecerse entre los donantes de gametos y el niño concebido como resultado de la procreación artificial.

Además de que ningún procedimiento de manutención podrá ser dirigido contra un donante o de éste contra el niño. (31)

FRANCIA. Existe una ley que expresamente se opone al arrendamiento o préstamo de úteros. En éste país ya se han dado algunas controversias acerca de la problemática que entraña la inseminación y la fecundación artificial, destacando el caso de Corinne Parpalaix, joven viuda que reclamó ante la Corte de Créteil, el semen congelado de su esposo, depositado tres años antes de su muerte en el banco estatal de esperma CECOS. Este caso destacó la importancia del problema de la condición de hijo legítimo o natural nacido después de los trescientos días de la disolución del matrimonio; así como también el determinar la naturaleza jurídica del contrato realizado entre el depositante del semen y el CECOS, y la naturaleza jurídica de la materia fecundante. El fallo de la Corte le otorgó a Corinne Parpalaix el semen de su difunto esposo. Posteriormente se realizó la inseminación, no logrando concebir. (32)

CANADA. En 1921, la Corte Suprema de Canadá consideró como una forma de adulterio la inseminación artificial ocurrida sin el consentimiento del esposo, posteriormente los jueces canadienses cambiaron de opinión. (33)

ARGENTINA. Su legislación admite dentro del matrimonio la inseminación artificial homóloga, por lo que el hijo nacido por éste

(31) *Ibidem.*, P. 131.

(32) MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS., *Ob cit.*, Pp. 572-588.

(33) *Ib dem.*

método será considerado hijo legítimo (art. 240 Código Civil Argentino). No admitiendo la inseminación artificial heteróloga (con semen de donante).

COSTA RICA. De manera concreta establece en su artículo 72 del código de familia, que la inseminación artificial con semen del marido, o de un tercero, con el consentimiento de ambos cónyuges equivaldrá similar a la cohabitación, para efectos de la filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades.

2.3.- SITUACION LEGAL EN MEXICO.

En 1958, el Presidente de la República, Envía al Congreso de la Unión el proyecto de Ley denominado "QUE REGULA ALGUNAS TRANSACCIONES CIVILES Y MERCANTILES SOBRE EL CUERPO HUMANO, SUS SISTEMAS, APARATOS, ORGANOS Y FLUIDOS.", en él se hace mención tanto de la fecundación artificial por donante como de la homóloga, en ella se acepta la practica de la fecundación artificial utilizándose el semen del cónyuge cuando exista imposibilidad física de alguno de ellos y éste sea el único medio para lograr la procreación; en cuanto a la fecundación artificial por donante, está se declara ilícita. Nunca se aprobó por el Congreso.

Actualmente en nuestro derecho no hay una reglamentación concreta que regule la reproducción asistida (inseminación y fecundación artificial), no obstante lo anterior, se esta practicando en nuestro país es por ello conveniente que se tenga una regulación adecuada; ya que el único que hace referencia a ella es la Ley General de Salud.

Por lo anterior se tratan de encuadrar las situaciones que se pueden presentar con estos métodos de procreación con lo ya establecido por el Código Civil, pero no obstante ello quedan lagunas por resolverse. Por otra parte consideramos que el Código Penal debe prever las lesiones y los ilícitos que pueden presentarse con la práctica de estos métodos terapéuticos de procreación.

a) **CODIGO CIVIL.** El Código Civil para el Distrito Federal no regula ni la inseminación ni la fecundación artificial; sin embargo, creemos que se les puede aplicar las siguientes disposiciones:

Título V, Capítulo II. "DE LOS REQUISITOS PARA CONTRAER MATRIMONIO. "

147.- *" Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta. "*

Textualmente este artículo tiene aspectos a favor de la inseminación y fecundación artificial, si se toma en cuenta que éstas favorecen la

"perpetuación de la especie"; cuando a los consortes se les han practicado diversos estudios médicos para lograr que conciban al hijo deseado, y éstos han fallado, por lo que no se ha logrado procrear y no desean adoptar un hijo, entonces pueden recurrir a la inseminación o a la fecundación artificial y lograr procrear al anhelado hijo. También se puede ver afectada la "ayuda mutua que se deben los cónyuges", si la intervención terapéutica se realiza sin el consentimiento de alguno de los que en ella intervienen.

Art. 156.- *" Son impedimentos para celebrar el matrimonio:*

VIII.- *La impotencia incurable para la cópula; La sífilis, la locura y las enfermedades crónicas e incurables que sean, además contagiosas o hereditarias.*"

La inseminación y la fecundación artificial pueden subsanar el impedimento, pero también pueden ser causa de alguna enfermedad, que pueda adquirir el material genético (óvulo y espermatozoide), en el laboratorio si no se toman las medidas necesarias de sanidad o porque no se advierta a tiempo que el donador (a), padece de alguna enfermedad hereditaria o contagiosa.

Título V, Capítulo X. "DEL DIVORCIO".

Art. 267.- *" Son causas de divorcio:*

1.- *El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges."*

Debemos distinguir el adulterio civil del adulterio penal; el primero que sólo es causal de divorcio, consiste en simples actos, comprobados o no, que constituyen una flagrante violación a la fidelidad que se deben los esposos una transgresión a la fe conyugal. El segundo, es la relación sexual, en estricto sentido, fuera de matrimonio, que se realice en el domicilio conyugal o con escándalo.

Consideramos que el legislador tendrá que determinar si al practicarse éstos métodos de concepción sin el consentimiento de alguno de los cónyuges, se esta faltando a la fidelidad conyugal o no, así como también en el caso de que el esposo de la donadora, o la esposa del donador, se nieguen a que su consorte proporcione el material genético que hace falta para que se pueda llevar a cabo la inseminación o la fecundación artificial, y dar origen con ello a otro producto que no sea hijo de su matrimonio, por lo que debe determinarse si estos con su actuar están faltando al deber de fidelidad conyugal o no.

VI.- " *Padecer sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea además contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio.* "

Al sobrevenir la impotencia en un matrimonio, si la pareja decide recurrir a la inseminación o a la fecundación artificial pueden con ello lograr su propósito de tener un hijo, la impotencia ya no sería entonces una causal de divorcio; pero puede suceder que al no tomarse las medidas necesarias de salubridad adquiera alguno de los miembros de la pareja o ambos, e inclusive el producto, alguna enfermedad, en cuyo caso tendríamos una causal de divorcio.

XI.- " La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro. "

Se comete injuria grave de un cónyuge para con el otro, cuando la intervención terapéutica se realiza sin el consentimiento de alguno de los consortes.

TITULO SEPTIMO, PATERNIDAD Y FILIACION.

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

I.- *Los 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, muerte del marido, o del divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. "*

El hijo nacido mediante inseminación o fecundación artificial se ve relativamente favorecido por esta disposición legal, ya que si existe la aprobación de ambos cónyuges de someterse a cualquiera de estos métodos de concepción, el hijo nacerá después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio. Por lo que

podemos decir que el hijo nacido a través de cualquiera de estos dos métodos de concepción, es un hijo concebido en matrimonio ya que existió la voluntad de los consortes de procrear por estos métodos; aún cuando haya intervenido el donador (a). Puede ocurrir que la madre fue inseminada o fecundada sin la voluntad de su consorte, por lo que éste puede desconocer al hijo concebido por estos medios. Puede darse el caso también de que la esposa sea inseminada o fecundada años después de la muerte de su esposo cuando el semen congelado de éste fue conservado.

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

El legislador de 1928, estimaba que solamente se podía concebir un nuevo ser por la unión o acceso carnal entre hombre y mujer, por lo que el artículo 325 ante la inseminación y fecundación artificial se ve muy obsoleto, ya que es un hecho comprobado que el semen se puede conservar con todas sus facultades reproductoras y fecundantes durante un tiempo considerable, en un estado de congelación; siendo fácil transportarlo de un lugar a otro y ser utilizado en una mujer cuyo esposo se encuentre en un lugar diferente al que en ella se encuentra, con lo que se viene abajo lo consagrado por dicho precepto, ya que el esposo puede enviar semen congelado, para que se insemine a su mujer o se fecunde un óvulo de ella con su semen.

Art. 326.- " El marido no podrá desconocer a los hijos, alegando adulterio de la madre, aunque ésta declare que no son

hijos del 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. "

Se vuelve a lo mismo, por lo que respecta a la unión sexual; con las nuevas técnicas médicas, el marido puede mandar su semen para ser utilizado por su mujer, y a la vez estar alejado del hogar conyugal durante los diez meses anteriores al nacimiento y por lo tanto no haber tenido contacto sexual con su mujer. Si su mujer se somete a la inseminación o a la fecundación artificial sin el consentimiento de su consorte, utilizándose para ello un tercero, el marido de ésta tendrá que probar la última parte de este artículo.

Art. 327.- " El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días contados desde que, judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre. "

Tratándose de la inseminación post mortem, el hijo nacería después de los trescientos días, éste, su tutor o su madre, pueden alegar que es producto de inseminación o de fecundación artificial, en la cual se utilizó el semen del marido muerto y que por lo tanto es nacido dentro de matrimonio. También puede darse el caso de que exista separación material de los cuerpos y se envié el semen para que la mujer sea inseminada o se fecunde un óvulo de ella en el laboratorio, todo con el conocimiento del marido y después éste aparente que el no envió nada y quiera desconocer al hijo, están en la posibilidad de sostener en éste

caso que el marido es el padre, las personas mencionadas por éste artículo.

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

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

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

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

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

Las tres fracciones anteriores no sufren menoscabo con las técnicas de procreación artificial, donde pueden tener repercusión es donde se

establece "deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye"; ya que en el caso de los hijos nacidos a través de estos métodos de concepción es bastante difícil probar la imposibilidad física, porque con éstas técnicas no es necesaria la realización de la cópula.

Capítulo V, del mismo Título: DEL RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

Art. 370.- " Cuando el padre o la madre reconozcan separadamente a un hijo, no podrán revelar en el acto del reconocimiento el nombre de la persona con quien fue habido, ni exponer ninguna circunstancias por donde aquella pueda ser identificada. Las palabras que contengan la revelación se testarán de oficio, de modo que queden absolutamente ilegibles. "

A través de los medios artificiales de concepción una mujer puede ser inseminada o fecundada heterológamente, concebir por esos medios y reconocer conforme a la ley a su hijo; siendo soltera se tiene, que tácitamente, la inseminación y la fecundación artificial heteróloga están aceptadas en la ley civil, tácitamente porque aunque no se refiera a ello la redacción del artículo, puede reconocer una madre soltera a su hijo, aún cuando éste sea producto de inseminación o fecundación artificial heteróloga.

Art. 374.- " El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, si no

cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo. "

En el supuesto de que una mujer sea inseminada o fecundada sin el consentimiento de su compañero, éste puede desconocer al hijo concebido por éstos métodos y al obtener la sentencia ejecutoria en que se declara que no es hijo suyo; el donador al no estar protegido su anonimato por la ley, estaría entonces en la posibilidad de reconocer al hijo como suyo.

Por lo que podemos observar que están por llegar muchos problemas legales relacionados con la filiación de los hijos que nazcan por éstas técnicas, sobre todo cuando el padre tenga varios años de fallecido y haya dejado considerables riquezas en herencia; por lo que es necesario que nuestra legislación civil sea reformada y adicionada con una reglamentación que cubra las diferentes situaciones que pueden presentarse con la práctica de la inseminación y fecundación artificial.

b) **CODIGO PENAL.** De acuerdo con el Código Penal, el médico tiene completa libertad en el ejercicio de su profesión, ya que sólo se hace referencia a ella en los siguientes artículos:

Art. 228.- *" Los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:*

I.- Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean intencionales o por imprudencia punible, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.

II.- Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos. "

Art. 229.- " El artículo anterior se aplicará a los médicos que, habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente. "

A éste respecto opina el jurista Rene Soto Reyna, lo siguiente:

"Esta regulación es escueta y consecuentemente acerca de la IRTA y su relación directa y lógica con la medicina, no se ha dicho nada legislativamente. Por no haber una orientación moral o legal para tratar la cuestión, debe considerarse que la práctica de la IRTA por los médicos, NO ES UN DELITO, pues para que así fuere tendrá que estar tipificada en el Código Penal." (34)

(34) SOTO REYNA, RENE, Revista del Supremo Tribunal del Estado de Durango, Oct. 1985-mar. 1986; núms. 20-21, Editorial del Supremo Tribunal de Justicia. P. 41.

También se ha tratado de establecer que la práctica de la inseminación y fecundación artificial, sin el consentimiento del compañero es adulterio, pero a nuestro juicio no lo es, ya que para que éste se tipifique como delito tiene que haber una relación sexual cometida en el domicilio conyugal y con escándalo.

Deben adicionarse en el Código Penal diversos delitos que pueden cometerse con la práctica de la inseminación y la fecundación artificial; como son las lesiones que se pueden cometer a cualquiera de los que en ella van a intervenir (Mujer inseminada o fecundada, o el que proporcione el material genético, que puede ser el compañero o el donador (a)).

En relación al médico, éste puede cometer diversos ilícitos si no toma las medidas necesarias en el momento de la inseminación, fecundación, implantación del embrión o embriones, en la selección del donante, en el tratamiento que se tiene que dar al semen o a los óvulos, que utilice su propio semen para inseminar a una paciente y diga que es de un tercero, etc.

Proteger el anonimato, al cual tiene derecho, el donador (a); así como también la mujer que va ha ser inseminada o fecundada.

c) **LEY GENERAL DE SALUD.** Dentro de esta ley que es la única que habla de la reproducción asistida, se establece que es competencia de la Secretaría de Salud ejercer el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes de seres humanos, y para lo cual tiene a su cargo los registros nacionales de transplantes y de transfusiones; entendiéndose para los efectos de esta ley como disposición: el conjunto de actividades relativas a la obtención,

conservación, utilización y preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes, derivados y productos incluyendo los de preembriones, embriones y fetos con fines terapéuticos, de docencia e investigación (arts. 313 y 314, fracc. I).

En su artículo 314, fracción III considera al óvulo y al espermatozoide como células germinales (las células femeninas y masculinas capaces de dar origen a un embrión); al embrión como el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décimo segunda semana de gestación (fracc. V), al producto como todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos (fracc. IX), concepto en el cual puede entrar el semen del hombre. Considera como disponente originario a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo (art. 315), donde puede ser el donante o la donadora, e inclusive la pareja o la mujer libre.

Respecto de los establecimientos que dispongan de órganos tejidos y sus componentes, así como los profesionales responsables de realizar los actos en que se disponga de dichos órganos, deberán estar autorizados por la Secretaría de Salud (art. 319), así como también deberán contar con autorización de ésta para instalar y mantener con fines terapéuticos bancos de órganos, tejidos y sus componentes (art. 329), donde pueden entrar los bancos de semen, óvulos y embriones.

Esta ley establece en su artículo 446 que la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su consorte; implicando con ello que tiene que haber un acuerdo de voluntades entre la pareja para que se pueda llevar a cabo la inseminación; estableciendo además que el destino final de cualquier órgano o tejido que haya sido desprendido o seccionado

por intervención quirúrgica, accidente o hecho ilícito, deberá ser manejado en condiciones higiénicas e incinerado, salvo que sea requerido para fines terapéuticos, de docencia o de investigación en cuyo caso podrán disponer de ellos o remitidos, según el caso, a los establecimientos o instituciones docentes que estén autorizadas por la Secretaría de Salud (art. 334), por lo que los embriones, semen u óvulos que no sean utilizados para un caso particular deberán tener como destino final la incineración, salvo que se utilicen para la docencia o la investigación, ya que cubrieron su fin terapéutico.

Mientras que en su Reglamento en materia de investigación para la salud en su capítulo IV, de la investigación en mujeres en edad fértil, embarazadas, durante el trabajo de parto, puerperio, lactancia y recién nacidos, de la utilización de embriones, óbitos y fetos y de la fertilización asistida; artículo 40 nos define al embrión como el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación; no especificándonos donde o como se realiza la concepción, por lo que creemos se puede deducir que ésta puede ser natural o artificial (inseminación y fecundación).

Establece en su artículo 40, fracción XI que la fertilización asistida, es aquella en la cual la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga), incluyendo a la fecundación in vitro; y para que ésta se realice se requiere obtener la carta de consentimiento informado tanto de la mujer como de su cónyuge y dicho consentimiento sólo será dispensado en el caso de que el cónyuge o compañero padezca de incapacidad o de imposibilidad fehaciente para proporcionar el consentimiento o por que el compañero no se haga cargo de la mujer, o por existir un inminente riesgo para la salud o la vida de la mujer, embrión, feto o recién nacido (art. 43); y sólo se procederá a la fertilización asistida cuando se solucionen problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose para ello el punto de vista moral, social y cultural de la pareja, aún cuando no coincida con el del investigador (art. 56).

Por lo que podemos determinar que la Ley General de Salud regula en cierta forma la reproducción asistida (inseminación y fecundación artificial), aún cuando debería especificar la forma en que trabajarían los bancos de semen, en los cuales se tendría que tener un registro confidencial que contendría el nombre del donador y el de la mujer que fue inseminada o fecundada, el cual no se daría a conocer por ningún motivo y estaría bajo la responsabilidad del banco, así como también bajo el secreto profesional del médico, para evitar así cualquier problema que se pudiera presentar.

CAPITULO III

LA REPRODUCCION ASISTIDA EN RELACION CON LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO.

3.1.- HECHOS Y ACTOS JURIDICOS.

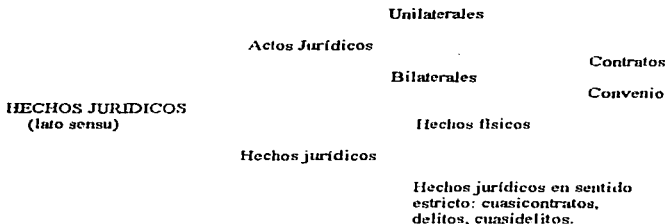
Para comprender adecuadamente este capítulo, es necesario referirnos primeramente, aunque sea someramente, a la teoría del acto jurídico.

La teoría que seguiremos en el desarrollo de este tema será la francesa. Esta define a los hechos jurídicos de la siguiente manera:

En sentido amplio, el hecho jurídico es todo acontecimiento, ya se trate de un fenómeno de la naturaleza o de un hecho del hombre, que el ordenamiento jurídico toma en consideración

para atribuirle consecuencias de derecho. " (35)

Efectivamente, la doctrina francesa parte de un concepto amplio de hecho jurídico, para después dividirlo de la siguiente manera:



El acto jurídico consiste en la manifestación de voluntad de un sujeto que tiene la intención lícita de producir consecuencias de derecho, que pueden ser de crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones.

(35) GALINDO GARFAS, IGNACIO., Derecho Civil., Edic., 8a., Ed. Porrúa, S.A., México 1987, P. 104.

Entre los autores franceses que mejor han definido al acto jurídico encontramos a Bonnetcase el cual expresa:

" Que es una manifestación exterior de voluntad bilateral o unilateral, cuya función directa es engendrar, fundándose en una regla de derecho, en contra o en procecho de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente, o al contrario de efecto limitado que conduce a la formación a la modificación o a la extinción de una relación de derecho. " (36)

Los actos jurídicos tienen su origen en la voluntad de los particulares o en la voluntad privada, buscando respetar la libertad de los demás, el interés general y las buenas costumbres, es decir se aplicará el Principio de la Autonomía de la Voluntad, tan olvidado en nuestro días.

El acto jurídico se subdivide a su vez en unilateral y bilateral. Es unilateral cuando intervienen para su formación una sola voluntad, y es la que produce las consecuencias de derecho.

El acto es bilateral, cuando intervienen para su formación dos o más voluntades para la creación de derechos y obligaciones.

(36) GALINDO GARFÍAS, IGNACIO , Ob cit., P. 211.

Nuestro Código Civil no nos da una definición exacta de lo que es acto jurídico, sino que es la doctrina la que se encarga de ello.

De acuerdo con lo expresado, el acto jurídico bilateral toma el nombre de convenio el cual puede entenderse en primer lugar en sentido amplio.

El convenio, en sentido amplio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones; así entendido este se clasifica en: convenio en sentido estricto y contrato.

Convenio en sentido estricto es el acuerdo de dos o más voluntades para modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Contrato es el convenio que produce o transfiere derechos y obligaciones.

El maestro Ricardo Treviño García ha expresado que existe diferencia entre contrato y convenio en sentido estricto con las siguientes palabras:

" La diferencia fundamental estriba en que al contrato le corresponde la función positiva: crear o transmitir. y al

convenio la función negativa: modificar o extinguir. " (37)

Por otra parte, el hecho jurídico, en estricto sentido, es el acontecimiento natural o producido por el hombre, en el que no interviene la intención del individuo de originar consecuencias de derecho (crear, transmitir, extinguir o modificar), pero no obstante ello, éstas se originan.

Esta especie de hecho se ha definido de diversas formas siendo las más citadas las siguientes:

" El hecho jurídico en sentido estricto es una manifestación de la voluntad que genera efectos de derecho independientemente de la intención del autor de la voluntad para que esos efectos se produzcan, o un hecho de la naturaleza al que la ley vincula efectos jurídicos. " (38)

" Los hechos jurídicos en un sentido general podemos conceptualizarlos como los acontecimientos naturales y humanos.

(37) TREVIÑO GARCÍA, RICARDO, *Contratos Cíviles y su Generalidades*, T. I, Edit. Font. S.A., P. 42., Guadalajara, Jalisco.

(38) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, *Derecho de las obligaciones*, Edic. Sa., Ed. Cajica, S. A., Puebla, México 1991, P. 129.

involuntarios o voluntarios que provocan la realización de los supuestos jurídicos y producen consecuencias de derecho, que bien pueden ser, creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones y que pueden consistir en atribuciones o calificaciones a personas (estado civil), cosas o actos (comercialidad de las cosas o validez de los actos), disciplinándolos." (39)

Al acto jurídico y al hecho jurídico los podemos diferenciar por que el primero es una manifestación de voluntad en donde existe la intención lícita de producir consecuencias jurídicas, es decir, que los que en él van ha intervenir tienen la intención de crear consecuencias; mientras que en los hechos jurídicos puede no haber voluntad de los que intervienen para su creación, pero aún en el caso de que la haya; falta la intención de crear las consecuencias jurídicas.

No nos referiremos a la clasificación de los hechos jurídicos en estricto sensu por que no es materia de la presente investigación veremos a continuación como se integra el acto jurídico.

3.2- ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO.

El acto jurídico para su estructuración requiere de la presencia de

(39) QUINTANILLA GARCIA, MIGUEL ANGEL., Derecho de las Obligaciones, Edic. 2a, Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor, México 1981, Pp. 14-15

elementos: de existencia y de validez.

Los elementos de existencia son por regla general dos: consentimiento y objeto, así lo establece el Código Civil en su artículo 1974, que al identificar al contrato como acto jurídico bilateral dispone:

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

I.- *Consentimiento.*

II.- *Objeto que pueda ser materia del contrato. "*

En casos excepcionales entre los que se encuentran el matrimonio y el testamento se requiere de un tercer elemento que es la solemnidad, la cual es una formalidad de mayor relieve que se manifiesta en fórmulas rituales o ceremoniales extraordinarias, elevados a la categoría de elementos de existencia.

La Doctrina mexicana ha sido uniforme al definir a la solemnidad, siendo entre las múltiples definiciones la del maestro Galindo Garfias la que consideramos que podemos incluir en este trabajo. En ese orden de ideas, dicho jurista al referirse a la solemnidad manifiesta que:

" El acto es solemne cuando por disposición de la ley, la voluntad del sujeto ha de ser declarada, precisamente en la

forma (y no de otra manera) que el derecho ha establecido."(40)

El consentimiento como elemento de existencia del acto jurídico consiste en el acuerdo de dos o más voluntades encaminado a la creación o transmisión de derechos y obligaciones; siendo necesario que estas voluntades tengan una manifestación exterior.

Dos son los elementos que integran el consentimiento: la oferta o policitud, la primera es una manifestación de voluntad consiste en una proposición u ofrecimiento que una parte hace a la otra con la intención de obligarse; y la aceptación, que es una manifestación de voluntad de quién recibe la oferta o policitud, y consiste en la conformidad con dicha oferta, es decir, es la adhesión a la oferta recibida, es un simple sí.

Respecto a estos dos elementos que integran el consentimiento el maestro Ernesto Gutiérrez y González ha expresado que:

" POLICITACION, es una declaración unilateral de voluntad, recepticia, expresa o tácita, hecha a persona presente o no presente, determinada o indeterminada, con la expresión de los elementos esenciales de un contrato cuya celebración pretende el autor de esa voluntad, seria y hecha con ánimo de cumplir en

(40) GALINDO GÁRFIAS, IGNACIO., Ob cit., P. 239.

su oportunidad." (41)

Así podemos definir a la aceptación como una declaración unilateral de voluntad, que puede ser expresa o tácita, hecha a persona determinada, presente o no presente, seria, lisa y llana, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta hecha, y que se reduce a un simple "sí".

Reunidos los anteriores elementos se integra el consentimiento y el acto jurídico produce consecuencias de derecho.

El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se exterioriza por el lenguaje oral, escrito o mimico; y es tácito cuando se desprende de hechos u omisiones que de manera indubitable, revelan un determinado propósito, aún cuando el autor del acto no exteriorice su voluntad a través del lenguaje escrito, oral o mimico.

Otro elemento de existencia es el objeto que pueda ser materia del contrato el cual debe ser físico y jurídicamente posible, ser determinado por la materia propia de cada acto

En materia contractual el objeto tiene tres significados:

(41) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO, Ob. cit., P. 209.

- Objeto directo consiste en crear y transmitir derecho y obligaciones. A él se refiere el artículo 1793 del Código Civil.
- Objeto indirecto es la conducta que debe cumplir el deudor, esta conducta puede ser de dar, hacer y de no hacer. A este objeto se hace mención en el artículo 1824 de la ley sustantiva.
- La cosa material que la persona debe entregar.

El objeto del contrato considerado como cosa debe reunir los siguientes requisitos:

a) Estar dentro del comercio, esto es, que si no esta dentro del comercio no podrá formar parte de un contrato, por lo que es necesario determinar cuales cosas estan dentro del comercio, en otras palabras, saber en que consiste la comerciabilidad.

La comerciabilidad es la aptitud que tienen las cosas para ser objeto de un contrato por no impedirselos ni su naturaleza ni la ley.

Los artículos 748 y 749 del Código Civil determinan; el primero que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley; y el segundo que están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.

Por lo que concluimos que todas las cosas pueden ser objeto de un

contrato excepto las que por su naturaleza, no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente, como el aire, el mar, etc; las que la ley declara irreductibles a propiedad particular (los bienes del dominio Público de la Federación).

b) Existir en la naturaleza, es decir, que ocupe un lugar en el espacio, o bien, sea susceptible de existir. Por ello la regla general es que, no pueden ser objeto de un contrato, las cosas que no existen, ni las que no pueden llegar a existir, la excepción esta en que aunque no existan, de ser posible que lleguen a existir, si podrá pactarse respecto de ellas.

c) Ser determinada o determinable, esto es, debe especificarse con exactitud cual es la cosa que se desea forme el objeto del contrato; o sea que esté individualizado el objeto, que no haya dudas cuál es el bien o prestación que se tiene que cumplir.

Estos elementos son necesarios para que el acto exista y en el caso de que alguno falte el acto es inexistente.

Los requisitos de validez del acto son: capacidad de las partes, ausencia de vicios en el consentimiento, licitud en el objeto y la forma requerida por la ley.

El Código Civil no precisa cuales son los elementos de validez de un acto jurídico; es la doctrina la que los enuncia al interpretar a contrario sensu lo dispuesto por el artículo 1795, el cual establece.

▪ *El contrato puede ser invalidado:*

I.- *Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas:*

II.- *Por vicios del consentimiento:*

III.- *Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito:*

IV.- *Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece. "*

1.- La capacidad como requisito de validez de un acto jurídico es la aptitud para ser titular de derechos y sujeto de obligaciones, así como el hacerlos valer por sí mismo, esto es, que la declaración de voluntad se emita por una persona mayor de edad, no sujeta a interdicción o por persona emancipada si actúa dentro de los límites que la ley establece.

Por lo que la capacidad es un atributo de la persona, siendo la regla general y la incapacidad su excepción.

Del concepto de capacidad se desprende que esta se divide en dos: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Entendemos por capacidad de goce la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones.

Por su parte, la capacidad de ejercicio es la aptitud que tiene un sujeto para hacer valer directamente sus derechos o para cumplir sus obligaciones.

Al referimos a la capacidad es necesario hablar de la incapacidad, ya que si existe la capacidad de goce y de ejercicio, también en ocasiones la ley determina que ciertas personas no pueden tener ciertos derechos, creando así una incapacidad de goce; o bien la ley establece que teniendo esos derechos, les está vedado ejercitarlos por sí, de donde resulta la incapacidad de ejercicio.

En el Derecho mexicano la doctrina ha manifestado que más que hablar de incapacidad de goce, es comunmente precisar que se trata de prohibiciones legales a la capacidad de goce.

Entre los ejemplos más importantes de esas prohibiciones tenemos las que señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 27, fracciones I, II, III, IV; a las corporaciones religiosas y ministros de cultos, instituciones de beneficencia sociedades comerciales por acciones, los extranjeros y personas físicas por sentencia judicial civil o penal.

La incapacidad de ejercicio de acuerdo con el artículo 450 del Código Civil puede ser general o especial; la primera se refiere a los menores de edad, los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por alguna enfermedad o deficiencia de carácter físico, psicológico, sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas; siempre que debido a la alteración o limitación en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.

Por lo que hace a la incapacidad especial esta se refiere a la prohibición que tiene la mujer casada para celebrar algún contrato con

su esposo y sólo se le permite el de fianza, mandato o compraventa, entre otros.

Otro elemento de validez es que el acto jurídico se realice libre, es decir, que la voluntad esté exenta de vicios. Cuando la voluntad del sujeto, se ha formado sin que éste tenga conciencia o libertad, entonces se dirá que la voluntad se encuentra viciada, por lo que el consentimiento tiene que ser expresado sin que haya habido para su exteriorización error, violencia, mala fe, dolo o lesión.

El error es el falso conocimiento de una cosa o el total desconocimiento de ella que induce al sujeto a contratar, pero que de haberlo conocido no contrata o contrata bajo otras condiciones, el error puede ser de hecho o de derecho y de cálculo.

El error se puede clasificar en:

- a) Aritmético o de cálculo, es el que se comete en una operación aritmética y de acuerdo con la ley no afecta a la vida del contrato, sino que sólo da base a que se rectifique. A este error se refiere el artículo 1814 del Código Civil.

- b) De hecho, que es el que recae sobre hechos materiales. Puede presentar tres grados según los cuales sus efectos varían, puede impedir la formación del contrato (error obstáculo), o en su caso simplemente provocar su nulidad (error nulidad), o puede carecer de influencia sobre el contrato, es decir, recaer sobre cualidades secundarias del objeto, que no invalidan el contrato (error indiferente).

c) De derecho, que recae sobre una regla de derecho, en su desconocimiento o la falsa interpretación de la misma. Esto no va en contra del principio jurídico que dice "la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento".

Otro vicio del consentimiento es el dolo que consiste en el medio para inducir a una persona al error y de acuerdo con nuestra legislación civil, está constituido por los artificios engañosos o maquinaciones fraudulentas, por medio de las cuales una persona es inducida al error, para que realice un acto jurídico, que de otro modo no habría consentido o lo habría celebrado de otra manera, bajo diferente estipulación.

Esto es, el dolo lo podemos considerar como la maniobra, trampa o engaño del contratante o de un tercero para inducir o mantener en error a la otra parte al celebrar un contrato.

Por lo que respecta a la mala fe podemos decir que es la determinación de la voluntad de un individuo, en orden a un fin que se opone a lo que el legislador de una época determinada establece en protección de los derechos de los demás sujetos jurídicos

De lo anterior se desprende que la diferencia entre el dolo y la mala fe es la siguiente: el dolo puede ser positivo o negativo. El positivo consiste en las sugerencias o artificios que ejecuta una de las partes para inducir o mantener en error a la otra (dolo propiamente dicho), el negativo consiste en la simple disimulación del error de uno de los contratantes, es lo que se llama mala fe. Ambos producen los mismos efectos; es decir, de invalidar el acto jurídico.

Por su parte el Código Civil establece en su artículo 1815 que:

"Se entiende por dolo en los contratos cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. "

Otro vicio de la voluntad es la violencia a la que podemos definir como toda coacción grave e injusta, que se ejerce sobre una persona para que consienta en obligarse en contra de su voluntad, esta coacción puede consistir en usar la fuerza material o en amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes de cualquiera de los que contratan o de terceras personas sobre las cuales se tenga un sentimiento tal, que por tratar de evitarles un daño se contrata.

El profesor Ernesto Gutiérrez y González da la siguiente definición de violencia:

" Es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar la voluntad de realizar un acto jurídico." (42)

(42) *Ib dem.*, P. 305.

Podemos distinguir la violencia, intimidación o amenazas (vis compulsiva), que no destruye enteramente la voluntad del sujeto porque puede elegir entre sufrir el mal o celebrar el acto, de aquel caso en que de una manera física se ejerce la fuerza sobre el cuerpo del sujeto, para llevarlo materialmente a ejercitar el acto, prescindiendo enteramente de su voluntad (vis absoluta), en este segundo caso, la libertad del autor del acto se ve afectada de una manera radical, que no ha podido siquiera nacer.

Es también vicio de la voluntad, la lesión patrimonial, la que podemos definir como el perjuicio originado en la celebración de un contrato, en donde las prestaciones que se intercambian las partes son desproporcionadas, habiendo una parte beneficiada y la otra perjudicada por esa desproporción, la cual está determinada por la suma ignorancia, notoria inexperiencia, extrema miseria o necesidad de la parte perjudicada.

El artículo 17 del Código Civil, regula la lesión, dicho precepto legal establece:

Art. 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Este precepto trata de proteger a la clase desvalida e ignorante, extendiendo la lesión a todos los contratos bilaterales, ya que los hombres tan desigualmente dotados por la naturaleza y tan diferentemente tratados por la sociedad, en razón a su riqueza, cultura, etc; no pueden ser regidos por la misma ley por lo que la sociedad debe ir en auxilio del ignorante y del miserable cuando es vilmente explotado. Pero tanto, se trato de proteger al desvalido que se le exigió reunir requisitos por demás difíciles de alcanzar, ya que no se le puede aplicar calificativos o grados de calificación a su situación como son la "suma" ignorancia, "notoria" inexperiencia y la "extrema" miseria; ya que se es ignorante o no se es; no teniendo la ignorancia, la inexperiencia y la miseria grados de calificación.

3.- LICITUD EN EL OBJETO, MOTIVO O FIN DEL ACTO, en este apartado el objeto consiste en el motivo o razón que induce al sujeto a la celebración del acto jurídico, el cual tiene que ser lícito; además de posible entendiéndose por lícito todo lo que va o es conforme a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.

Por lo que el objeto lo debemos entender como la voluntad del sujeto que lo induce con conocimiento de causa a realizar el acto jurídico y el por qué realiza dicho acto jurídico. Siendo el objeto el porque realizará o no realizará el acto; y el motivo o fin el porque lo hará o no lo hará.

4.- La forma, es el elemento que envuelve exteriormente al acto, dándole características especiales e individualizándolo.

Es decir, que la forma es el signo o conjunto de signos por los cuales se hace constar o se exterioriza la voluntad del o de los que

intervienen en un acto jurídico.

El Código Civil establece en el artículo 1832 que en los contratos cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

En cuanto a la forma que debe revestir la declaración de voluntad, los actos pueden ser solemnes, formales o consensuales.

El acto es solemne cuando por disposición de la ley, la voluntad del sujeto ha de ser declarada precisamente en la forma (y no de otra manera) que el derecho ha establecido. (43)

En los actos formales la ley establece como requisito para la eficacia del acto, que la voluntad se declare con la formalidad requerida.

En los actos consensuales la voluntad puede ser declarada válidamente en cualquier forma, es decir, las partes exteriorizan su voluntad de una manera u otra.

(43) GALENDO GARFÍAS, IGNACIO., *Ob. cit.*, P. 237.

Todos estos elementos son necesarios para que el acto jurídico pueda existir y producir sus efectos, cuando el acto jurídico tiene todos sus elementos de existencia pero le falta alguno de validez, el acto puede existir aunque en forma imperfecta, pues se encuentra afectado por una causa de nulidad, consistente en la falta de un elemento de validez.

3.3.- LA INSEMINACION ARTIFICIAL Y LA TEORIA DEL ACTO JURIDICO.

Si por acto jurídico hemos entendido todo acontecimiento de la naturaleza o actuar del hombre que produce consecuencias jurídicas porque el legislador así lo ha determinado, luego entonces podemos decir que la inseminación y fecundación artificial, desde el punto de vista del derecho se estructuran como actos jurídicos.

Efectivamente, para llegar a una inseminación artificial se requiere del consentimiento de todos los que intervienen en ese proceso, dependiendo de la especie de inseminación que se esté efectuando.

En ese orden de ideas vemos que si se trata de la inseminación homóloga se requerirá de la manifestación de voluntad de la pareja solicitante de la inseminación o de la fecundación in vitro.

Por otra parte, si se precisa realizar la inseminación heteróloga o la fecundación in vitro heteróloga se requerirá además del acuerdo de la pareja el consentimiento del varón donante del semen.

De estos actos nacen efectos jurídicos, ya que los sujetos al desear realizar la inseminación o la fecundación artificial quieren también un resultado (el embarazo de la mujer y posteriormente el nacimiento), el cual es tomado en consideración por el derecho.

Por lo que si el acto constitutivo o contrato inseminador tiene resultados positivos, proporcionando el nacimiento de un ser dentro de una familia ya constituida, tendrá como efecto la reproducción asistida el generar una auténtica relación jurídica familiar, de tipo paterno-filial, pues al igual que al hijo nacido de matrimonio, el nacido a través de la reproducción asistida es hijo de la madre receptora y de su marido aportante del semen o, en su caso, consentidor de la donación de un tercero.

El acto jurídico que se realiza, es un contrato por que crea y transmite derechos y obligaciones para las partes que intervienen; dentro de esta clasificación es un contrato plunilateral, ya que requiere de la voluntad de todos aquellos a quienes incumbe la reproducción asistida, esto es, de la pareja o mujer libre de matrimonio y del médico que realiza la inseminación.

En el supuesto de que intervenga un tercero donando el semen; se requerirá también de su consentimiento.

Como se precisó anteriormente, todo acto jurídico requiere para su estructuración de la reunión de elementos de existencia y de validez; veamos como se dan estos elementos en esta especie de acto jurídico.

CONSENTIMIENTO. Las partes (la pareja, la mujer libre, el médico, el donador o la donadora), que van a intervenir en la reproducción asistida tienen que expresar su voluntad para que se pueda llevar a cabo la inseminación artificial o la fecundación in vitro, dicha voluntad tiene que ser expresada de manera indubitable, que no quede duda en ninguna de las partes de que es lo que se va a realizar, y cual es la participación de cada una de ellas en aquella.

La trascendencia del consentimiento de la mujer abarca no sólo el de aceptar las consecuencias jurídicas que produce el contrato de inseminación sino que además ella debe permitir que se manipule sobre su organismo; ya sea utilizándose el semen de su compañero (inseminación artificial homóloga), o el de un tercero (inseminación artificial por donante), o en su caso, si se trata de la fecundación in vitro, permitir se le extraigan óvulos, cuando sea ella la aportante del material genético; así mismo debe permitir la implantación del embrión concebido artificialmente ya sea con el semen de su compañero o utilizándose la tercera biológica, esto es, que se utilice el semen de un tercero (fecundación in vitro heteróloga) o el óvulo de una tercera.

Además de lo anterior, la mujer se compromete a aceptar las consecuencias de la maternidad ya que cualquiera que sea el método utilizado, la mujer inseminada o fecundada será la madre del hijo procreado.

Por lo que hace al consentimiento del marido, al otorgarlo está habilitando al médico a que manipule también su cuerpo para obtener el semen; o en su caso, autorizando al donador (a), o bien permitiendo la fecundación in vitro; asumiendo desde luego para sí la relación paterno-filial que se produzca a consecuencia de la inseminación.

En la inseminación artificial homóloga, el consentimiento del cónyuge es en el sentido de dar su semen para que sea introducido en la vagina de su compañera.

En la fecundación artificial in vitro la voluntad se constriñe en aceptar que ésta se realice con trasplante del ovocito inmediatamente o previa congelación, dependiendo de la prescripción médica, y ya se trate del óvulo de su compañera (aportación de óvulo y gestación intrauterina), o en su caso con la intervención de una tercera que aporte el óvulo o incluso que sea aportante y gestante.

En la inseminación artificial por donante o en la fecundación in vitro heteróloga, al otorgar su consentimiento el marido esta claudicando a favor de otro hombre para que éste fecunde o insemine a su mujer, especificándose el tipo de tercería que se ha de utilizar y sobre la cual el marido debe consentir; es decir, si el semen del tercero esta congelado permitir esa inseminación artificial o fecundación in vitro y transferencia del embrión empleándose el semen del tercero para la fecundación del óvulo de su compañera o de una tercera, pero asumiendo para sí todas las consecuencias jurídicas derivadas de la relación filial que surge a través de la inseminación.

Al referimos al consentimiento, es necesario hablar del de los terceros, que en su calidad de donantes tienen que otorgar. Así tenemos que el tercero aportante del material genético masculino en lugar del marido tiene que ser anónimo para la pareja o, en su caso, para la receptora, pero no así para el médico al cual entregará su semen, luego entonces; desaparece puesto que no asume nexos alguno con el ser procreado con su semen. Con ello se evita las interferencias por duplicidad de la paternidad entre el padre biológico y el padre formal.

El semen puede estar congelado por haberse obtenido con anterioridad a la inseminación. en ese caso, existió un acto jurídico entre el médico y el donante en el que no intervienen ni la pareja ni la mujer libre de matrimonio, según sea el caso.

Quando el donador no ha otorgado el semen previamente, si no que se va a trasladar directamente a la receptora, tampoco interviene él como parte en el acto jurídico de inseminación sino que celebra un acto jurídico con el médico o la institución, según sea el caso, que se encargará de aquella.

El acto jurídico para el donante está basado en un principio altruista, con la finalidad de beneficiar o ayudar a una pareja o mujer libre de matrimonio para que tengan descendencia.

Por lo que hace al consentimiento de la tercera o mujer extraña a la esposa; este puede ser de dos formas, una que se reduce al acto de disponibilidad del propio cuerpo, esto es, a la obtención del óvulo para que se realice la fecundación in vitro, la cual requiere de la cirugía de extracción, por medio del método de la laparoscopia, o en segundo lugar, aportando su útero para la recepción del embrión (maternidad subrogada).

En el primer caso la donante renuncia a reclamar cualquier relación filial en caso de que se logre la gestación y posteriormente el nacimiento del producto; en el segundo de los supuestos sucede lo mismo pero a la donante no podrá obligársele a entregar al ser procreado para la pareja que se lo encargó, ya que social y jurídicamente se entiende que madre es la que gesta y da a luz al niño, aún cuando en el contrato se haya obligado a entregarlo.

Se considera también que en el caso de que el donador (a) sea casado, se debe obtener el consentimiento de su cónyuge, para evitar con ello mayores conflictos jurídicos.

Finalmente, es necesario referirnos a la intervención que debe tener la voluntad del médico, la cual versará sobre los servicios que como facultativo realizará para lograr la inseminación, sin garantizar sus resultados, es decir, que no se logre la concepción, por lo que realizándose la inseminación o la fecundación y de acuerdo con la técnica médica aplicable al caso, y habiéndose asegurado de cumplir con las exigencias de la Ley General de Salud, cesa su responsabilidad clínica, pero perdura su obligación al secreto profesional.

En cuanto al objeto de éste contrato inseminador o fecundador en cierta forma se viene a pactar sobre el propio cuerpo, ya que los que en él intervienen disponen con su voluntad de un objeto corporal, esto es, del semen y del óvulo.

Así tenemos que si se trata de inseminación o fecundación in vitro homóloga el esposo aporta su semen, la esposa su óvulo y útero; si se trata de inseminación o fecundación in vitro heterólogas interviene el tercero (a) aportando su material genético (semen, óvulo o útero), la esposa receptora o mujer libre de matrimonio y el consorte, así como el médico ejecutante de la intervención.

Todos disponen o ponen a disposición de un intento o quehacer profesional esos órganos o energías con el fin de obtener un fruto.

Esto es que el hombre y la mujer al poder disponer de su semen y óvulos, y al ser considerados estos como productos del cuerpo humano que pueden ser transplantados por haber una deficiencia para que se puedan unir de manera natural; este acto no puede ser considerado como ilícito ya que la disposición del semen y del óvulo se esta haciendo con un fin altruista y benefico que tiene por objeto el crear un nuevo ser, y por consiguiente crear una relación jurídica paterno-matemo-filial.

Por lo que hace a los requisitos de validez es de entender que se siguen las reglas generales que ya se han estudiado.

En ese orden de ideas, tenemos que por lo que hace a la capacidad de los que van a intervenir en el acto jurídico de la inseminación o en la fecundación artificial; estos deben tener capacidad de goce y de ejercicio.

Igualmente, el consentimiento tiene que haber sido expresado sin vicio alguno, es decir, que no haya habido para su exteriorización violencia (física o moral), error, dolo, mala fe o lesión en la voluntad de alguno de los que van a intervenir en la reproducción asistida.

Como todo acto jurídico el contrato de inseminación debe efectuarse, como ya se indicó, sin vicios del consentimiento; luego entonces, a éste contrato se le aplican las reglas generales que sobre esta materia se encuentran en el Código Civil.

No obstante lo anterior, es necesario hacer referencia a lo siguiente:

En la reproducción asistida puede darse el error obstativo y el error en la persona.

"El error obstativo, se refiere a la incompatibilidad entre la verdadera voluntad interna y la declarada o externa, por ejemplo, se quiere aceptar una inseminación homóloga cuando se manifestó querer una heteróloga. Este error puede darse en cualquiera de los que intervienen en la reproducción asistida: en la esposa cuando acepta una inseminación del tipo que sea, no querida por la misma; en el esposo cuando consiente en una inseminación distinta de la querida; se elige un banco B, y se expresa de forma diferente, o acepta el préstamo de la mujer A y se dice B." (44)

El error in persona, podemos encontrarlo tanto en la inseminación homóloga como en la heteróloga, así vemos que si el dador fuese excepcionalmente conocido y al realizarse la inseminación no se hace con el semen de aquel sino con el de otro, puede darse el error, o incluso cuando la esposa quiere que el semen sea de su marido y éste que se fecunde el óvulo de su mujer, y por negligencia o imprudencia profesional se practica en forma distinta.

Por lo que hace a la violencia o intimidación, es de indicar que se ha aceptado por los juristas que es cualquier coacción física o moral que se lleve a cabo para obtener el consentimiento de una persona para celebrar un contrato; lo anterior puede suceder en el acto jurídico de reproducción asistida. De darse esa situación consideramos que el consentimiento estaría viciado, por lo que dejaría de ser libre y

(44) MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 529.

voluntario; y en consecuencia, ese acto jurídico sería nulo.

El dolo como vicio de la voluntad consiste en la existencia de cualquier maquinación, estímulo o engaño para obtener el consentimiento del co-contratante, su autor puede ser cualquiera de los interesados en la inseminación o fecundación artificial.

La lesión y la mala fe también pueden darse en la estructuración del acto jurídico que dará origen al proceso inseminador o fecundador cuando alguna de las partes se aproveche de la ignorancia o necesidad en que se encuentre la contra parte y se aprovecha para obtener el consentimiento y poder realizar el acto.

Podemos finalizar diciendo que cuando se realice un acto jurídico con vicios de la voluntad la consecuencia es su nulidad más el pago de los daños y perjuicios derivados del resultado de esa improcedente inseminación o fecundación artificial; además de lo anterior pueden originarse serios conflictos en materia de filiación que pueden llegar hasta las acciones de impugnación de maternidad/paternidad.

En cuanto al objeto, motivo y fin lícitos que induce a las partes a celebrar este contrato inseminador o fecundador creemos que el mismo consiste en el lograr la procreación, ya que es su sentir interno, esto es, la mujer libre de matrimonio o casada busca por estos métodos concebir un hijo; su esposo el proporcionar el semen o en su caso el aceptar la intervención de un tercero, para obtener la procreación.

Por lo que hace al donante, su fin es proporcionar el material

genético que hace falta para lograr la procreación y el médico que con sus conocimientos trata de superar el obstáculo que impide que la procreación se realice de manera natural.

Ahora bien, sobre el particular, puede suceder que el motivo determinante del donante sea el obtener una prestación económica.

Por lo que respecta a la forma, consideramos que en este especial contrato se requiere que el consentimiento se manifieste por escrito, y que por tratarse de un acto jurídico de tal trascendencia se admita la revocación unilateral por simple decisión de cualquiera de las partes que en él intervengan, pero sólo antes de que se realice la inseminación o la fecundación artificial. (Anexos 1, 2, 3, 4, 5)

El Lic. Chávez Asencio en su obra menciona que este especial contrato requiere no sólo de la firma si no también de la huella digital para ratificar el consentimiento, evitándose así la intervención de terceras personas para dar validez al contrato, manteniéndolo con ello en la intimidad conyugal y en el secreto profesional del médico.

El mismo autor en su obra señala que algunos autores establecen la conveniencia de que no se celebre un contrato por escrito, para no dejar con ello huella de la inseminación o de la fecundación artificial, argumentando que a través de las presunciones que existen en el derecho actual es posible comprobar la filiación, aún cuando la concepción sea producto de la reproducción asistida.

Sin embargo para evitar conflictos y dejar evidente el consentimiento

de la pareja, así como la responsabilidad del médico, considero que el contrato es indispensable, ya que no tiene nada de malo, ni vergonzoso el acudir a los medios artificiales para ayudar a la naturaleza a cumplir con su función procreadora.

Para el maestro Chávez Asencio este contrato requiere de otros elementos como son:

" Sin embargo, este especial contrato requiere adicionalmente otros elementos, que son: sólo podrá ser celebrado por quienes estuvieren casados: deberán adicionalmente, exigirse exámenes de salud física y psíquica de ambos consortes; por último la seguridad respecto del semen, respecto del cual deberán haberse cumplido las exigencias de la Ley General de Salud. " (45)

Diferimos con el autor citado, en que sólo pueden celebrar el contrato para que se realice la inseminación artificial o la fecundación in vitro, los que estén casados; ya que excluye a los concubinos y a la mujer libre, privándolos del derecho que tiene toda persona de decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, por lo que considero que no se debe requerir como elemento para que se celebre el contrato el estar casados, ya que esto podría afectar la garantía constitucional consagrada en el artículo 4º de nuestra Carta Magna, derecho que fué incluido en el Código Civil en su artículo 162.

(45) Ib dem., Pp. 45-46.

A N E X O S

" CONSENTIMIENTO PARA LA INSEMINACION ARTIFICIAL "

Atendiendo a que, nosotros, los abajo firmantes, D _____, y Da _____, somos marido y mujer, y celebramos nuestro matrimonio en la ciudad de _____ condado de _____ Estado de _____, y,

Atendiendo a que deseamos tener un hijo, y habiendo sido informados de que D _____ se encuentra incapacitado para procrear.

Por tanto, nosotros, y cada uno de los dos, por el presente, requerimos y autorizamos al Dr. _____ a fin de que busque un donante, quien, a su exclusiva discreción y juicio tendrá las siguientes condiciones _____;

Nosotros, y cada uno de los dos, además, requerimos y autorizamos a dicho Dr. _____, a fin de que obtenga de dicho donante la esperma necesaria para inseminar a dicha Da _____, y efectivamente la insemine artificialmente con dicha esperma, en la manera usual y acostumbrada, y a realizar aquellos actos adicionales necesarios y aconsejables, a la sola discreción de dicho Dr. _____;

Nosotros, y cada uno de los dos, entendemos que dicho Dr. _____ no asegura ni garantiza las condiciones de dicho donante, y que al determinar si dicho donante cumple dichas condiciones, dicho Dr. _____ solamente estará sujeto a realizar aquellas investigaciones concernientes a dicho donante, que, en la sola discreción de dicho Dr. _____ parezcan razonablemente necesarias;

Nosotros, y cada uno de los dos, convenimos, además, en que ni ahora ni en ningún tiempo futuro habremos de pedir ni esperar que dicho Dr. _____ obtenga o divulgue a nosotros el nombre de dicho donante, ni ninguna información concerniente a la raza, nacionalidad, características, cualidades ni ninguna otra información concerniente a dicho donante;

Además convenimos que en cuanto haya practicado dicha inseminación dicho Dr. _____, deberá destruir toda información y antecedentes que él pudiera poseer en cuanto a la identidad de dicho donante, ya que es la intención de las partes que la identidad de dicho donante será y para siempre quedará anónima.

Nosotros, y cada uno de los dos, además convenimos y aceptamos para siempre renunciar a establecer, impulsar o en cualquier modo auxiliar cualquier reclamación, demanda, acción o causa de acción por daños, costas, pérdidas de servicios, gastos, compensación por, o por cuenta de, o futuramente nacidas de las premisas que más arriba se han establecido.

Nosotros, y cada uno de los dos, además prometemos y convenimos en indemnizar y tener a salvo a dicho Dr. _____ de cualquier pérdida y/o gastos en que pueda incurrir, en relación con la defensa a pago de cualquier reclamación o acción, derivadas de las premisas o pactos contenidos más arriba;

Este convenio será obligatorio para nosotros, y cada uno de los dos, para nuestros representantes, herederos, albaceas y administradores.

Fecha, este día ____ de _____ de 19__

_____ (firma del marido)

_____ (firma de la mujer)

Basándome en la autorización y convenios que constan más arriba, yo, el Dr. _____, por la presente, convengo en obtener un donante y en inseminar artificialmente a dicha Da _____ Fecha _____

_____ (firma del médico).

(ANEXO 1)

A.I.D. SEMEN REQUEST FORM.

Doctor _____
Address _____

Phone No. _____
Date required by _____
Insemination units _____
Disposable inseminators _____

HUSBAN		WIFE
_____	EYES	_____
_____	HAIR	_____
_____	COMPLEXION	_____
_____	HEIGHT	_____
_____	WEIGHT	_____
_____	BLOOD TYPE	_____
_____	Rh	_____
_____	RELIGION	_____
_____	NATIONAL/ETHNIC GRP	_____
_____	OTHER IMPORTANT	_____
_____	CHARACTERISTICS	_____

FOR LAB USE ONLY
DONOR RECOMMENDED _____
DOCTOR CONTACTED _____
SEMEN SENT _____

SEMEN DONOR INFORMATION

Name _____
Home Address _____
Home Phone _____
Business Address _____
Business Phone _____

Donor Code This semen donor has been assigned the number recorded above _____ M.D.

PHYSICAL CHARACTERISTICS

Birthdate _____ height _____ Weight _____ Hair color _____
Eye color _____ Racial Group _____ Complexion _____ Rh _____
Body type _____ Religion _____ GC _____ VDRL _____
Blood type _____

FAMILY HISTORY

Relation Age Health If Dead, Cause of Death Age at Death
Father _____
Mother _____
Children _____
(example: 3G= 3 year old girl; 6B= 6 year old boy)

MEDICAL AND GENETIC HISTORY

For each item, if there is a history of the condition, indicate

for each ship:
D= Donor MGF= Maternal Grandfather
C= Children MGM= Maternal Grandmother
F= Father PGF= Paternal Grandfather
M= Mother S= Sister B= Brother

Hay fever _____ Circulatory Disease _____
Asthma _____ Blood Disease _____
Allergies _____ Epilepsy _____
Eye Disorders _____ Mental Disorders _____
Diabetes _____ Drink Abuse _____
Gout _____ Drug Abuse _____
Albinism _____ Chemical Exposure _____
Others _____ Radiation Exposure _____

OTHER

Education: check Highest Attended

Grammar School _____ High School _____
College _____ Grade Average _____
Professional School _____ Type _____
Graduate School _____ Type _____

Occupation _____ Income _____
Hobbies: _____
Fertility History _____

(ANEXO 2)

**CONSENTIMIENTO PARA LA
INSEMINACION ARTIFICIAL.**

Fecha _____ Hora _____

Nosotros, _____ y _____, marido y mujer, y mayores de edad, autorizamos al doctor _____ y a los asistentes que él designare a inseminar a la esposa en forma artificial y a utilizar el semen (del marido) (del marido y un donante o donantes) (de un donante o donantes) con ese propósito. Lo autorizamos a emplear los asistentes que desee en su ayuda.

Entendemos que, aún cuando la inseminación puede repetirse tantas veces como lo recomienda el doctor _____, no existe garantía de su parte ni seguridad de que se obtenga por resultado un embarazo o un embarazo de término.

Acordamos que depositamos nuestra confianza en la sola discreción del doctor _____ para la selección de donantes calificados, sin intentar buscar jamás la identidad de cualquiera de los donantes. Acordamos que luego de la inseminación el doctor _____ pueda destruir todos los registros e información concernientes a la identidad del donante o los donantes.

Nosotros, y cada uno de nosotros, conocemos nuestra obligación de cuidar, atender y tratar a todo niño nacido por inseminación artificial en todos los aspectos como si fuere nuestro niño verdadero.

Entendemos que, si se obtiene el embarazo, existe la posibilidad de complicaciones de embarazo o de parto, o la posibilidad de nacimiento de un niño o niños anormales, o de tendencias hereditarias indeseables u otras consecuencias adversas.

(TACHAR TODO LO QUE NO CORRESPONDA)

Firma _____
(ESPOSO)
TESTIGO _____

Firma _____
(ESPOSA)

(ANEXO 3)

**OFRECIMIENTO PARA SERVIR
DE DONANTE DE SEMEN.**

Fecha _____ Hora _____

Al Doctor _____:

1.- Ofrezco mis servicios como donante de semen sabiendo que la identidad de cualquier receptor no me será conocida, ni usted revelará voluntariamente mi identidad a cualquier receptor.

2.-Según mi entender:

a) Me encuentro en un estado de buena salud; no presento enfermedades comunicables; no sufro ni he sufrido jamás alteración o incapacidad física o mental, ni heredada ni como resultado de alguna patología o dolencia; con excepción de lo siguiente: _____

b) No me hallo afectado, ni lo he estado jamás de sífilis o cualquier otra enfermedad venérea, con excepción de lo siguiente: _____

c) Ninguno de mis abuelos, padres, hermanos, hermanas o hijos, si existen, ni sus descendientes lineales han estado alguna vez por una enfermedad emocional ni por cualquier incapacidad o enfermedad mental o física heredada, con excepción de lo siguiente: _____

3.- Con el propósito de determinar si soy aceptable como donante de semen, consiento un examen físico, con inclusión de la extracción de sangre y otros líquidos corporales, por usted o cualquier otro médico que usted designare.

FIRMA _____
DONANTE

TESTIGO _____

(ANEXO 4)

**CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA
DEL DONANTE.**

Al Doctor _____

Fecha _____

1. He leído el ofrecimiento de mi esposo para servir como donante de semen; según mi entender, sus manifestaciones corresponden a la verdad.

2. Si mi esposo es aceptado como donante, entiendo que la intención de usted es utilizar su semen para propósitos de inseminación artificial, pero no en mi persona.

3. Sé que la inseminación artificial constituye un procedimiento médico que intenta inducir el embarazo con el uso de semen introducido por medios diferentes de la relación sexual.

4. Acuerdo que no intentaré descubrir la identidad de cualquier receptor del semen de mi esposo.

5. Sé que, al servir como donante de semen, mi esposo puede ser padre de un niño o de niños de los cuales no seré la madre, pero no obstante consiento tal servicio de parte de él.

Firma _____ *Testigo* _____

(ANEXO 5)

C A P I T U L O I V

FUENTES JURIDICAS DE FILIACION.

4.1.- CLASIFICACION DE LAS FUENTES.

La palabra fuente, tiene su raíz etimológica en el término latino "fons", "fontis", el cual significa el manantial de agua que brota de la tierra.

Filiación es la relación existente entre dos personas, de las cuales una es la madre o el padre de otra que es el hijo, es decir, la filiación es el vínculo jurídico que une al hijo con sus progenitores. "

Es decir que en un sentido amplio la filiación es el vínculo que existe entre ascendentes y descendentes sin limitación de grado, y en sentido estricto es la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo.

En nuestro derecho mexicano la filiación que deriva de la maternidad es un hecho indubitable derivado del embarazo y posteriormente el parto. Excepcionalmente surgirá la incertidumbre de la maternidad, esta se puede dar cuando el parto tiene lugar sin testigos, y el recién nacido sea abandonado por su madre.

En cuanto a la paternidad es necesario aclarar que los hijos de matrimonio traen presunción de paternidad; es decir, se le atribuye al varón. Esta presunción es iuris tantum, pues admite prueba en contrario.

La única prueba en contrario es la que establece el artículo 325 del Código Civil vigente en el Distrito Federal que a la letra dice:

" 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. "

Si no se tiene a favor esta presunción la paternidad se establece por el reconocimiento voluntario que haga el progenitor o por sentencia que cause ejecutoria que declara que una persona es hijo de determinado varón.

Así podemos decir que desde tiempos remotos la filiación ha sido considerada el punto de partida del parentesco, el cual a su vez es la base del grupo familiar, así tenemos que el Derecho Familiar Mexicano

reconoce tres clases de parentesco: de consanguinidad, afinidad y el civil.

El parentesco por consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor; el de afinidad que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón; y el civil que nace de la adopción. (46)

De lo anterior podemos decir que la filiación es una fuente de la cual emanan derechos y obligaciones entre padres e hijos, y ésta surge de tres maneras: por matrimonio, habida fuera de matrimonio y por la adopción. De acuerdo con lo anterior, existe la filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación adoptiva.

Por lo que podemos decir que cada una de ellas se establece o constituye de manera diferente, pero una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias que se originan son iguales para todos los sujetos. No habiendo distinción en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos. Lo único diferente es la forma en que se establece el lazo de filiación.

Siguiendo nuestro estudio hemos de precisar que la filiación matrimonial surge cuando el hijo nace dentro de los plazos establecidos por la ley sustantiva, esto es, se presume hijo de matrimonio el que

(46) Cfr. MONTERO DUHALT, SARA., Derecho de Familia. P. 267., ROJINA VILLEJAS, RAFAEL., Ob cit.

nace despues de 180 días de celebrado el matrimonio o dentro de 300 días después de la extinción de ese acto jurídico.

Respecto de la filiación extramatrimonial, podemos decir que es la relación jurídica entre progenitor e hijo que surge por el reconocimiento voluntario realizado por el progenitor, o por sentencia ejecutoria imputando la filiación a cierta persona.

Por lo que respecta a la filiación civil o adoptiva, esta es consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre, y al adoptado en hijo.

En cuanto a la filiación consanguínea puede darse dentro o fuera del matrimonio, y puede ser natural o legitimada. La filiación natural corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio y la filiación legitimada que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, éstos los reconocen antes de celebrar el matrimonio, durante el mismo o posteriormente a su celebración. (47)

Sin embargo, esta clasificación de filiación natural o legitimada ya ha dejado de utilizarse y actualmente se habla de filiación matrimonial o extramatrimonial.

(47) Véase ROJINA VILLEJAS, RAFAEL, Derecho civil mexicano, T. I, Edic. 7a., Ed. Porrúa, S.A., México 1987, P. 594-595.

Esto era que la filiación natural se daba cuando el hijo era concebido estando la mujer libre de matrimonio, viviendo en unión libre con el padre del hijo o se encuentren separados; y es filiación legitimada cuando los hijos son reconocido por el padre antes, en el momento o después de celebrado el matrimonio de éste con la mujer.

Por lo que tratándose de la reproducción asistida la filiación puede darse dentro del matrimonio o fuera de él, con elementos de ambos consortes o con la intervención de un tercero.

Por otra parte, se pueden señalar como principales efectos de la filiación los siguientes:

a) **APELLIDO.** Este efecto consiste en la inclusión de los apellidos paterno y materno en el nombre del hijo, que se deriva de la obligación que tienen los padres, respecto de los hijos de conceder su apellido para integrar el patronímico de sus descendientes.

Así en el acta de nacimiento deben constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo. Si se trata de matrimonio se anotan tanto el apellido de la madre como el del padre, tratándose de hijos extramatrimoniales, se anota el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen; en cuanto a la adopción en el acta deben constar los nombres, apellidos y domicilio del adoptante y del adoptado, así como el de las personas cuyo consentimiento hubiere sido necesario para la adopción, igualmente contendrá los datos de los testigos.

b) **ALIMENTOS.** Derivada de la filiación los padres deben de proporcionar a sus hijos todo lo necesario e indispensable para su desarrollo físico, psicológico y social; es decir, a cargo de los ascendientes esta la obligación de proporcionar alimentos a sus descendientes.

c) **PATRIA POTESTAD.** Derivada también de la relación jurídica paterno-filial, consiste en el conjunto de facultades y obligaciones que la ley otorga e impone a los padres respecto de la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

La patria potestad es ejercida en el matrimonio por ambos progenitores, cuando hay divorcio o separación de los padres uno de ellos, según las circunstancias o ambos pueden llegar a perderla, si no es así ambos la siguen conservando.

En el caso de hijos fuera de matrimonio la patria potestad es ejercida también por ambos padres aún cuando éstos no vivan juntos.

d) **DERECHOS SUCESORIOS.** Una vez establecida la filiación los hijos tienen derecho a heredar respecto de sus progenitores; e incluso tienen preferencia frente a cualquier otro pariente; lo anterior en aplicación al principio jurídico del derecho sucesorio que establece que "los parientes cercanos excluyen a los leganos."

4.2.- PROBLEMATICA DE LA FILIACION.

Debido a la practica de la inseminación artificial y de la fecundación in vitro, es necesario que se determine cuál es la condición jurídica del nacido por estos métodos; esto es, debe determinarse cuál es la relación filial que se genera respecto de su madre o su padre así como si esta es matrimonial o extramatrimonial.

En ese orden de ideas, es de indicar que el hijo concebido durante el matrimonio mediante inseminación homóloga, con semen del marido, es hijo de matrimonio. De igual modo el concebido mediante fecundación in vitro en donde se utiliza el óvulo de la cónyuge y el semen del consorte, es también considerado hijo de matrimonio; en ambos supuestos no hay conflicto pues coincide tanto lo biológico como lo genético así como la institución de filiación matrimonial.

Como se ha precisado anteriormente, esos métodos de reproducción asistida sirven para obtener la concepción que no se puede dar a través de los medios normales.

Efectivamente, en la inseminación y fecundación homólogas no vemos ningún problema que se pudiera presentar en relación a la filiación del hijo concebido por esas vías, respecto de sus padres; ya que ambos consintieron y aprobaron esa practica; por lo que si el consorte en algún momento quisiera desconocer su paternidad, su cónyuge facilmente puede acreditar la filiación de su hijo ya que existe el contrato que dió origen a la inseminación en donde consta que es voluntad de ambos consortes que se realice la inseminación o la

fecundación homólogas; así como también existen las pruebas biológicas para acreditar la filiación, por lo que la mujer puede demostrar la paternidad de su hijo.

Sobre el particular se hace prudente indicar en el presente trabajo que, en países como España ni el marido ni la mujer pueden impugnar la filiación cuando ambos han prestado su consentimiento, previa y expresamente para la realización de la reproducción asistida.

Esta ausencia de conflicto no se da en la inseminación post mortem sobre todo cuando la mujer es fecundada con el semen de su cónyuge dejó depositado en el banco para ese fin, o bien cuando la fecundación se hace in vitro y el cigoto es implantado en el cuerpo uterino de la cónyuge superviviente; creemos que se pueden en estos casos generar diversos conflictos en materia de filiación.

No hay que olvidar que en estos supuesto se tiene que garantizar la autenticidad del material genético ha emplearse, además, debe de existir constancia de que el cónyuge fallecido otorgó su consentimiento para que se efectuará la inseminación post mortem.

En ese orden de ideas, el nacimiento del producto inseminado post mortem puede ocurrir después de los trescientos días del fallecimiento del cónyuge, esto es, fuera del plazo legal que señala el artículo 324 del Código Civil, el cual establece lo siguiente:

• Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los 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, muerte del marido, o del divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial. "

Si aplicáramos el precepto legal antes indicado, el hijo nacido después de ese plazo nacería fuera de matrimonio, es decir, no se consideraría hijo del De Cujus.

Sin embargo, creemos que dicha norma jurídica no es de aplicarse a este caso particular de la inseminación artificial, y que deben dictarse normas especiales aplicables al caso para evitar los conflictos que en materia de paternidad pueden originarse.

A pesar de lo anterior nosotros creemos que en ese supuesto, debe considerarse al hijo como nacido de matrimonio con todas las consecuencias jurídicas que ello origina.

Así mismo, consideramos que deben reformarse las normas del derecho Sucesorio, ya que el nacido por inseminación o fecundación in vitro post mortem debe tener derecho a heredar de su padre fallecido como hijo póstumo.

Ahora bien, es de aclarar que el anterior razonamiento va en contra del principio establecido en el artículo 1314 de nuestro Código Civil el cual establece lo siguiente:

" Son incapaces para adquirir por testamento o por intestado, por falta de personalidad, los que no están concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos, cuando no sean viables. "

Si aplicáramos lo dispuesto en este artículo el hijo nacido derivado de la inseminación post mortem cae dentro del supuesto de incapacidad para heredar de su (s) progenitor (es) puesto que a la fecha de su fallecimiento aquel no habrá sido concebido.

Por lo tanto, dicha norma debe reformarse o bien dictarse una especial que haga referencia a la inseminación post mortem.

Por lo anterior, creemos que en estos se debe de invocar la equidad a favor del hijo póstumo ya que como tal tiene derecho, al igual que los demás a disfrutar del caudal hereditario, así como también sería injusto para él, que no escogió la forma en que fue concebido y estando de por medio la voluntad de su progenitor que sea concebido post mortem; que un pariente lejano lo excluya de un derecho que de hecho le corresponde.

Sobre el particular, autores como Martínez Calcerrada señalan los

problemas que acarrea la inseminación post mortem cuando ambos cónyuges han fallecido y tanto, el semen, los óvulos como los embriones se conservan en un banco con el fin de ser implantados por disposición testamentaria o porque la voluntad de ellos conste en algún otro documento público en el sentido de que es su voluntad que se insemine a una mujer; este autor se pregunta a quién se le consideraría como padres del nacido: a los muertos que aportaron su material genético o a la mujer que presta el útero y a su consorte.

A este respecto consideramos que genéticamente los padres del nacido serían los cónyuges fallecidos, mientras que biológica y formalmente los padres serían la mujer que presta el útero y da a luz, así como su cónyuge.

En este supuesto se originan también serios conflictos; pues nos preguntamos, ¿Quién ejercerá la patria potestad del ser nacido de esta manera? ¿Los padres de sus ascendentes fallecidos? ¿La mujer que presta el útero y su cónyuge, en su caso?

Creemos que si existe un acto jurídico en el que consta que la mujer sólo presta su útero con renuncia expresa a cualquier derecho sobre el producto final; los parientes de los padres fallecidos tienen derecho a exigir que se le considere hijo de aquellos con todas las facultades inherentes.

De no existir tal renuncia y la mujer que presta su útero reclama derechos sobre el hijo; a ésta debe otorgarsele la facultad de reconocerlo como suyo y por ende, producirse las consecuencias que dicho reconocimiento acarrea.

Cabe aclarar que la persona nacida en esas circunstancias podría tener derecho a investigar la maternidad y paternidad para saber quienes fueron sus padres genéticos; debiéndose regular con precisión que consecuencias jurídicas produciría dicha acción en caso de declararse procedente; pues ya existe un derecho preestablecido que pudiera llegar a afectarse.

En ese orden de ideas, es de cuestionar si al supuesto planteado se le puede aplicar lo dispuesto por el artículo 388 del Código Civil para el reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, especialmente en su párrafo segundo, dicho precepto establece lo siguiente:

" Las acciones 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 de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad."

En cuanto a la inseminación artificial y a la fecundación in vitro heterólogos, en ellas se pueden vislumbrar diversos conflictos como son:

- 1.- Que el donador del semen reclame la paternidad del ser procreado por esta vía.
- 2.- Que la donadora que aportó el óvulo para que se efectuará la concepción reclame derechos de maternidad.
- 3.- Que el ser concebido por medio de donador (a) pueda en un momento dado, acreditar su origen genético/biológico.

Respecto al primer cuestionamiento, es de indicar que el donador si es conocido o conoce el destino final de su semen puede reclamar su paternidad ya que biológica y genéticamente él es el padre del nacido por inseminación o fecundación heteróloga.

Reglamentos como el de Suecia autorizan que se conozca o investigue quién es el donante cuando la inseminación artificial se realiza sin autorización del consorte de igual manera el Reglamento Danés autoriza al donante para que pueda asumir la paternidad. (48)

En este problema si aplicáramos lo establecido en el artículo 374 del Código civil vigente en el D.F., que establece la posibilidad de que persona distinta al marido reconozca como hijo suyo al que se le atribuye al cónyuge de la madre; cuando el marido de ésta lo haya desconocido, para lo cual tiene sesenta días contados desde que de hecho tuvo conocimiento del embarazo, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo del consorte; el donador tendría entonces la posibilidad de reconocerlo como hijo suyo, o bien también si la mujer no está casada y está de acuerdo en que el donador lo reconozca como hijo suyo.

De no operar esos supuestos, el donador del semen no podrá reconocer al menor que nació por esa vía; puesto que de permitirse se estaría rompiendo con el principio jurídico que en materia de filiación existe de que los hijos nacidos de matrimonio traen certeza de paternidad.

(48) Cfr. FLORES GARCÍA, FERNANDO., Ob cit., P. 220., MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., Pp. 574-578.

O más aún, pensamos que el menor tendría dos progenitores; como en la adopción, uno genético y otro derivado del acto jurídico de la inseminación; luego entonces debe reglamentarse quién tendrá el pleno ejercicio de la patria potestad del menor; creemos que debe ser el progenitor que derivada del contrato inseminatorio, como en la adopción la tiene el padre adoptivo.

Por lo que hace al supuesto de que la donadora del óvulo pueda en algún momento tratar de alegar ser la madre genética del nacido, ya que al disasociarse el proceso biológico de que una sola mujer era la que intervenía en la concepción y posteriormente el parto, apareciendo así la duplicidad en la maternidad, una la que concibe y otra la que gesta; se tiene que determinar de manera precisa y clara si se mantiene el principio de que madre es la que concibe y da a luz al hijo, ya que con las nuevas técnicas de reproducción se rompe con este principio.

Al respecto creemos que dicho precepto debe prevalecer en virtud de que la madre gestante será la que tendrá que llevar en el vientre al producto, así como también el pasar por todas las molestias y malestares que conlleva el embarazo, cuidar de sí misma, del producto y padecer de los dolores del parto y alumbramiento.

El problema realmente se origina cuando la madre gestante se niega a entregar el producto; nos preguntamos: ¿Como la podemos obligar a cumplir con el contrato de inseminación? ¿Cuales son las consecuencias jurídicas por su incumplimiento?

Por lo que consideramos que en la inseminación y fecundación in vitro debe tomarse en cuenta para que se forme la relación de filiación, la voluntad de quien desea tener al hijo y asumir el rol materno o

paterno; por lo que la tercera al donar su óvulo; podemos entender con ello que, hace un bien a favor de la mujer que no puede concebir con su propio óvulo así como también que ella no desea engendrar en ese momento ni asumir la función materna, por lo que consideramos que lo más conveniente es que la tercera permanezca en el anonimato; de igual manera creemos que si se niega a entregar al ser concebido no se le puede obligar a lo contrario por lo que creemos prudente que debe existir alguna forma en la que pueda cubrir el daño moral que cause a la pareja, en caso de que no entregue el producto una vez que ha nacido.

Sobre esta materia encontramos que en Inglaterra el Proyecto Preliminar de Recomendaciones del Consejo de Europa señala respecto de los donadores, que no podrá establecerse relación filial alguna entre los donantes de gametos y el niño concebido por inseminación o fecundación artificial, además de que ningún proceso de manutención podrá ser dirigido contra un donante o de éste contra el niño. (49)

El anterior punto puede ser tomado en consideración si se decide legislar en materia de reproducción asistida.

No obstante lo anterior, consideramos que de acuerdo a lo que establece el artículo 386 del Código Civil existe la posibilidad de que el hijo investigue la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.

(49) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 115.

En conclusión, consideramos que si el marido consintió en la intervención de un tercero y con ello aceptó asumir la paternidad del nacido y, si el donador se mantiene en el anonimato, no creemos que pudieran presentarse conflictos de doble paternidad; de igual manera coincidimos con las legislaciones que al respecto se han dictado en países como Australia, Estados Unidos, Dinamarca, entre otros; las cuales establecen que el marido de la madre y consentidor de la inseminación artificial o fecundación in vitro con semen u óvulo de tercera o ambos es el padre del nacido por estos métodos; generándose así la relación filial por lo que el nacido tendrá todos los derechos y deberes que la misma origina.

Así mismo, si el donador (a) fuese excepcionalmente conocido, y al estar autorizado en legislaciones como las anteriormente mencionadas que éste al ser progenitor genético puede acreditar su paternidad, generando para sí los deberes y derechos que origina la filiación respecto de su hijo; esto es, al acreditar el donador ser el padre del nacido por inseminación o fecundación in vitro y teniendo una sentencia que lo acredite como tal, podrá darle su apellido, proporcionarle lo necesario para su subsistencia, convivir con él, ejercerá la patria potestad sobre el menor así como también tendrá derecho a heredar.

De igual manera en el Código de Familia de Costa Rica encontramos que la inseminación artificial con semen del marido o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges equivale a la cohabitación para los efectos de la filiación y la paternidad, por lo que el tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherentes a tales calidades. (50)

(50) GROSMAN P. CECILIA, Ob cit., P. 119.

Por otra parte, y en lo que respecta a la inseminación artificial o fecundación in vitro que se realiza en mujer libre de matrimonio, el nacido por estos métodos es hijo de ella, generándose así una filiación en línea materna, en donde ambos tendrán derechos y obligaciones recíprocos derivados de esa filiación; en donde si el donador es excepcionalmente conocido y acredita ser el padre biológico (genético) puede asumir la paternidad del nacido; si la mujer acepta ese reconocimiento; el donador le daría su apellido, así como lo necesario para su manutención y subsistencia.

En cuanto a la filiación originada en la maternidad subrogada el nacido puede ser considerado extramatrimonial si el cónyuge de la mujer subrogada no consintió este procedimiento, así como también éste se encuentra en la posibilidad de reconocer al hijo como suyo; derivado de los conflictos que origina, en países como Francia prohíben este medio de procreación.

Por otra parte, la relación de parentesco que debe contraer el nacido por medios artificiales con el resto de sus familiares debe ser igual a la del hijo producto de inseminación natural, aún que algunas personas con un criterio de pensamiento estrecho pueden negarse a aceptar a los nacidos por estos métodos y negar todo vínculo de parentesco con ellos; criterio que no debe tomarse en consideración.

De todo lo anterior podemos afirmar que si el contrato inseminador tiene resultados positivos proporcionando el nacimiento de un ser dentro de una familia, se crea con ello una relación filial; esto es, el hijo así procreado es un hijo que nace dentro de la familia albergante o receptora; independientemente de la forma en la que fue concebido, y con las diferencias que en oposición a la concepción natural tendría, es hijo de la madre receptora y de su marido aportante del semen o consentidor del tercero donador.

Así tenemos que la inseminación artificial y la fecundación in vitro producen a favor del hijo todos los efectos jurídicos que correspondan por ley al hijo nacido de manera natural y de acuerdo con la condición de solteros o casados de su padre o madre, por lo que el hijo concebido artificialmente será matrimonial en todos los casos en que ha nacido de mujer casada con consentimiento o intervención de su cónyuge, incluso, cuando éste ha muerto.

En el caso de que sea necesaria la aportación de óvulos de una tercera o el préstamo de útero, en el primero de los supuestos la relación de maternidad del hijo se debe dar con la mujer que de a luz; en en cuanto al segundo caso si la mujer entrega al hijo a la pareja con la cual contrato, renuncia a cualquier vínculo con el ser que procreo.

Finalmente, es de concluir que los hijos nacidos por reproducción asistida gozarán de iguales derechos a los que la ley le asigna a los hijos nacidos por medio natural.

De igual modo consideramos que la mujer libre de matrimonio o la pareja son los únicos que tienen que decidir la forma en que tendrán a sus hijos, así como también el proporcionarles un ambiente en el que no sean discriminados por el medio en el que fueron concebidos ya que como todos son seres que a final de cuentas no piden nacer, por lo que a sus padres les corresponde darles todo el amor y bienestar que consideren necesario para que vivan en armonía con los demás.

En países como España la relación legal de filiación puede no coincidir con la filiación biológica, predomina en ellos la idea de que los hijos no sólo se engendran con la carne.

Por lo anterior, creemos que nuestro Código Civil debe ser modificado, regulando la filiación que surge entre padres e hijos nacidos por medios artificiales, ampliándose los términos que actualmente establece para considerar al hijo como nacido dentro de matrimonio cuando fallece el padre, así como también en las presunciones para acreditar la maternidad y señalar los derechos que pueda tener el tercero donador sobre el nacido de la inseminación y de éste en cuanto ha aquél.

De igual manera, en materia de sucesiones debe haber una reglamentación específica respecto de si serán considerados en la sucesión del De Cujus el concebido por medio de la reproducción asistida que nace después de la muerte de su progenitor y fuera del plazo legal, así como también el establecerse los demás derechos que le correspondan por tal reconocimiento.

4.3.- PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA.

El vínculo biológico podemos decir que es la esencia original de la filiación, ya que es a través de él como nos identificamos ascendentes o descendentes, es decir, con nuestros padres, abuelos, hijos y demás parientes.

Es por eso que el legislador, al establecer las presunciones que conducen al vínculo paterno-filial, al reglamentar la impugnación e investigación de ésta, hace constante referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre los padres y los hijos; esto es a circunstancias que identifican entre sí a las personas las

cuales aportaron su material genético para la concepción y posteriormente el nacimiento.

Así por ejemplo, tenemos que el principio biológico materno se determina por el parto y una vez establecido éste, se recurre a la época de la concepción para suponer la paternidad, ya que siendo de época reciente la inseminación y la fecundación artificial, cuando se legisló en materia de filiación, era impensable que la mujer que daba a luz no hubiese sido la que aportó el material genético o, que no habiéndose cometido adulterio por parte de la mujer, esta haya sido fecundada con el semen de un tercero.

Actualmente y gracias a la ciencia se puede demostrar positivamente el vínculo biológico que existe entre dos personas primeramente se logró a través de la incompatibilidad sanguínea, la prueba negativa de la paternidad y recientemente con el sistema denominado complejo mayor de histocompatibilidad, los cuales se estudiarían más adelante, es posible afirmar de manera casi absoluta, por tener una certeza de 99%, que una determinada persona es el padre o la madre biológica de cierto hijo.

Por lo que tratándose de la fecundación e inseminación artificial en las cuales interviene un tercero donando el material genético a fin de remediar la esterilidad que afecta al hombre o a la mujer y por lo cual decidieron recurrir a estas técnicas y existiendo pruebas como las anteriormente mencionadas para acreditar el vínculo biológico entre dos seres; deberá el legislador determinar si los que aportan el material genético pueden alegar tener derechos, basándose en la verdad biológica, sobre el nacido de la inseminación o fecundación artificial o no; y si éste en algún momento puede investigar quién es su progenitora o progenitor.

4.4.- SISTEMAS PARA DETERMINAR LA FILIACION.

Al hablar de los sistemas para determinar la filiación el maestro Miguel Angel Soto Lamadrid en su obra, lo hace con las siguientes palabras:

"Si se piensa que todo ser humano tiene derecho a identificarse y vincularse a sus padres genéticos, en todo momento de su vida y a través de cualquier medio de prueba, estaremos ante un sistema de filiación abierto. Si se considera, en cambio, que esta relación pierde trascendencia cuando el niño sin padre o madre registral llega a la edad adulta, o se prefiere la estabilidad de los vínculos ya establecidos, aunque no respondan a la realidad, dando prioridad a la protección de la familia antes que al interés individual de quien no tiene filiación, entonces hablaremos de sistemas cerrados." (51)

Nuestra legislación sigue el sistema cerrado para determinar la filiación, ya que como se ha dicho con anterioridad la maternidad es determinada por el hecho del embarazo y el parto, mientras que para la paternidad ésta se acredita mediante la presunción iuris tantum que la propia ley establece, por el reconocimiento que el padre haga del hijo o por sentencia que declare dicha paternidad.

(51) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 59.

Así mismo, la paternidad sólo puede ser impugnada si el marido demuestra que le fue físicamente imposible tener contacto sexual con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento, que le haya sido ocultado el nacimiento o demuestre durante los diez meses que precedieron al mismo que no tuvo relación sexual con su esposa.

De acuerdo con nuestra legislación civil en su artículo 340, la filiación de los hijos habidos en matrimonio se prueba tanto con la partida de su nacimiento, como con el acta de matrimonio de sus padres, y a falta de estas o si estas son falsas o incompletas, o se encuentran defectuosas, la filiación se prueba con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio; es decir, que demuestre el hijo que lleva el nombre de los progenitores, que ha recibido el trato de hijo y que el núcleo social en el que se desenvuelve lo conozca como hijo de determinadas personas.

Al respecto la legislación sustantiva civil establece que puede ser demostrada la posesión de estado de hijo por todos los medios de prueba que la misma autoriza, pero la testimonial sólo es admisible si existe un principio de prueba por escrito, indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para que esta prueba sea admitida; por lo que a los testigos les deberá constar el hecho relativo al estado de gravidez y alumbramiento de la mujer.

De igual forma nos menciona nuestra legislación civil que la posesión de estado de hijo puede ser probada, si éste ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, así como también si concurren otras circunstancias como son que haya usado constantemente el apellido de su presunto padre con consentimiento de éste, que el padre lo haya tratado como habido

en su matrimonio otorgándole lo necesario para su educación y subsistencia; que el presunto padre tenga la edad de 16 años, que es la exigida por la ley para poder contraer matrimonio, más la edad del hijo que se esta reconociendo.

Por lo que anterior afirmamos que la filiación la podemos acreditar a través de dos clases de pruebas: extrajudiciales como son las actas del registro civil y la posesión de estado, y las judiciales que son todas aquellas pruebas que se aporten ante el juez. (52)

La Lic. CARMEN GARCIA MENDIETA nos dice en su artículo publicado en la Revista Foro de México que podemos entender por principio de prueba:

"Se denomina principio de prueba a cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en juicio. Un principio de prueba podría estar constituido por el testimonio del médico, la enfermera o el personal que hubiese participado en la inseminación de la madre, o las constancias del archivo de la clínica o laboratorio." (53)

(52) Véase CHAVEZ ASENCIO, MANUEL., Ob cit., P. 66.

(53) GARCIA MENDIETA, CARMEN., Ob cit., P. 51.

Por lo que al no estar en nuestra legislación protegido el anonimato del donante así como también el que se le releve de sus responsabilidades, el hijo producto del procedimiento de inseminación y fecundación artificial puede investigar quien es su progenitor y llegar a exigirle que asuma sus responsabilidades o crearle algún problema con su aparición.

4.5.- PRUEBAS BIOLÓGICAS.

A través de las pruebas biológicas se trata de determinar si existe o no el nexo biológico paterno filial, es decir, que con ellas se trata de acreditar la existencia o no de una relación de paternidad, estas pruebas se pueden aplicar tanto a la inseminación natural como a la artificial, cuando es cuestionada la verdad real, ya que estas pruebas tienen su base en los genes según las leyes hereditarias.

A este respecto el maestro Miguel Angel Soto Lamadrid menciona que:

"Las primeras pruebas biológicas relativas a la filiación se iniciaron con la identificación de los caracteres antropomórficos del padre y el hijo supuestos, y de los síntomas patológico hereditarios que pudieran apoyar o debilitar la presunción o la acción de emplazamiento." (54)

(54) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 63.

Así tenemos que la prueba que más comúnmente se práctica es la prueba hematológica, que consiste en determinar, basándose en el sistema sanguíneo y en sus propiedades aglutinantes, si existe concordancia o no entre la sangre de una persona con la sangre de su padre o de su madre.

Esta prueba toma en cuenta que en los individuos existen dos diferentes aglutinógenos o antígenos: A y B y dos anticuerpos isoaglutinias o aglutininas designadas con las letras griegas alfa y delta, o por las letras a y b que permanecen inalteradas a lo largo de la vida del sujeto y dichos antígenos o factores de grupo deben estar presentes tanto en el hijo como en el padre o en la madre. (55)

Esto es, que en un individuo puede suceder que exista sólo el aglutinógeno A que sólo se encuentre el B o que se encuentren los dos al mismo tiempo A y B o que falten los aglutinógenos y entonces sólo tendríamos O .

Por lo que ningún individuo puede formar aglutininas que aglutinen sus propios aglutinógenos, es decir, que A sólo puede formar el b y el B sólo forma el a , y el AB no puede contener ninguna aglutinina (a, b), mientras que la sangre que pertenece al grupo O y no contiene ningún aglutinógeno (A, B), tiene por lo tanto dos aglutininas a y b en un individuo normal no existe ninguna aglutinación del mismo tipo, es decir, A y a , B y b ; ya que la aglutinación se da cuando se encuentra el aglutinógeno con la aglutinina correspondiente Ab, Ba . (56)

(55) Cfr. TORRES TORLJA, JOSE., Medicina Legal., P. 18., DEXEUS, J.M. y P.N. BARRI., Fertilidad., P. 32., MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Derecho Medico., P.447

(56) Ib dem.

Esta prueba sigue las Leyes de la herencia de Mendel, así tenemos que los padres que pertenecen al grupo no pueden tener hijos del grupo **A** o del grupo **B** los padres que pertenecen al grupo **A** o al grupo **B** no pueden tener hijos del grupo **O**, pero puede existir una combinación, es decir, que los padres que sean **A** y **O** ó **B** y **O** el hijo puede ser **A** u **O** ó **B** u **O**, según la combinación respectiva.

Así como también si al sistema sanguíneo **ABO** se le agrega el sistema sanguíneo **M** y **N** que permite clasificar la sangre en tipo **M** tipo **N** y tipo **MN** y el sistema sanguíneo Rhesus (Rh), el cual esta constituido por tres caracteres: **C**, **D**, y **E**, la presencia o ausencia del gen **D** determina la clasificación del factor Rh en positivo o negativo; obtendríamos 48 categorías hematológicas distintas y por consiguiente varios millones de posibles combinaciones, además de que también es factible formar tablas de posibilidades de paternidad atendiendo a que los glóbulos rojos contengan o no el factor **P** (tipo **P** positivo o tipo **P** negativo), con lo que aumentan las combinaciones. (57)

Cada sistema sanguíneo funciona de manera independiente, por lo que podríamos tener a un individuo que en el sistema sanguíneo **ABO** pertenece al grupo **B**, y puede tener cualquier factor en el sistema **N** y **M**, ser a la vez Rh positivo o negativo, por lo tanto mientras mayor sea el número de factores que se utilicen en la prueba hematológica mayor es la posibilidad de descartar a quien no es el padre, es decir, que ésta prueba no acredita la paternidad más bien la niega, es la prueba negativa de la paternidad.

(57) Cf. TORRES TORIJA, JOSE, Ob cit., P. 19., DEXEUS, J.M. y P.N. BARRI, Ob cit., Pp. 33-34., MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P.448

Respecto de la prueba hematológica el Lic. Arturo Torres Rivera manifiesta lo siguiente:

"Hasta ahora esta prueba se ha practicado no para afirmar la paternidad, sino para negarla. La prueba en vez de ser positiva es negativa. Si alguien tiene el mismo grupo de sangre de otra persona no por eso es hijo de está- sujetos sin nexo familiar pueden tener el mismo tipo de sangre-; pero alrevés sí, si no se tiene el mismo grupo sanguíneo del pretendido padre o de la pretendida madre, no se es hijo del uno o de la otra." (58)

Tenemos también la prueba biológica denominada sistema HLA (Human Lymphocyte Antigen), o complejo mayor de Histocompatibilidad, que deriva de las investigaciones de Dausset, quien descubrió en las células leucocíticas de la sangre -leucocitos- ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico y situadas en la membrana citoplásmica de todas las células nucleadas en el organismo. Estas proteínas se transmiten siguiendo las leyes de Mendel. (59)

El estudio de este sistema resulta muy eficaz para establecer la posibilidad de trasplantes de tejidos y de órganos en los seres

(58) TORRES RIVERO, ARTURO LUIS., Temas de derecho de familia, Ed. Grafística, Vol. IX, Núms. 26-27, Caracas, Venezuela, Pp. 220-221.

(59) Cf. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 550., SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 65 EDUARDO A. ZANNONI, Ob cit., P. 445

humanos, ya que la incompatibilidad inmunológica se detectaba en los antígenos nucleados en las células del donante y del receptor.

Actualmente sirve para determinar positivamente la paternidad y la maternidad, ya que las proteínas antigénicas de histocompatibilidad se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos; ya que toda persona tiene por herencia los antígenos que recibe de su padre y de su madre, codificados por los genes situados en el sexto par cromosómico, por lo que cada persona presenta un par de antígenos de cada codificación (uno paterno y uno materno), formándose así el complejo mayor de histocompatibilidad. (60)

Los antígenos de éste sistema aparecen desde que somos concebidos, después de nuestro nacimiento se mantienen constantes y estables durante el resto de nuestra vida.

El sistema de histocompatibilidad constituye actualmente una de las pruebas biológicas que componen la prueba de compatibilidad inmunogenética, integrada, además, por la determinación de los grupos sanguíneos eritrocitarios y los subgrupos (análisis sanguíneo tradicional), y de las proteínas y enzimas del suero sanguíneo (proteínas séricas), determinando en un 97% la paternidad o maternidad de alguien. (61)

(60) Ib dem.

(61) Ib dem.

La prueba de la maduración fetal, consiste en la aplicación de los ultrasonidos al diagnóstico de las características fetales, al medirse el diámetro biparetal del feto que está estrechamente correlacionado con la edad de gestación, su ventaja consiste en que se puede establecer desde el segundo mes de la gestación; nacido el feto todos los parámetros que indican la madurez fetal, peso, talla, perímetros, diámetros, puede fijarse con precisión el tiempo que ha durado la gestación y como consecuencia la fecha más probable de fecundación, ya sea esta natural o por medio de la fecundación asistida. (62)

La prueba antropológica y herodobiológica, consiste en conjuntar criterios de la transmisión de los caracteres morfológicos dependiendo de muchos factores de transmisión hereditaria y que por lo tanto requieren que transcurra cierto tiempo desde el nacimiento, un mínimo de tres años, para que se puedan practicar los exámenes biotipológicos y fisiológicos comparativos abarcando los caracteres morfológicos y antropológicos externos como son el parecido, la talla, el color de la piel, la figura, etc; como de estructuras orgánicas internas, especialmente ciertas particularidades que pueden hallarse en la columna vertebral (prueba de Kühne), los antropoquinéticos o funcionales externos: Actitud, mímica, ademanes, letra, timbre de la voz, etc; los signos semiológicos o patológicos transmisibles hereditariamente: lunares, enfermedades de la sangre. (63)

Particularmente se destaca la prueba basada en una sustancia llamada fenitioicarbamida, cuyo gusto es amargo para ciertas

(62) MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 552.

(63) Cf. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 552., DEXEUS J.M. y P.N. BARRI, Ob cit., P.35., NERNAR, BLANC y LEON DOBLI., Ginecología. P. 20.

personas, en tanto que para otras es insípida, esta sensibilidad gustativa, se ha comprobado se transmite por herencia, etc; los cuales ayudan a determinar o negar la paternidad o maternidad de alguien. Pero son de un costo muy elevado, por lo que casi no se practican.

Nuestra legislación debe ser modificada respecto de las pruebas que se pueden ofrecer para la impugnación de la paternidad, ser más claras en cuanto a ellas y determinar si se aceptan las pruebas biológicas, además de reglamentar la investigación e impugnación de la maternidad, y más aún en el tema de reproducción asistida, si es que ésta última se reglamenta.

C A P I T U L O V

CUESTIONES MORALES

5.1.- OPOSICION A LA REPRODUCCION ASISTIDA.

En la actualidad el matrimonio es producto de una elección mutua, donde los miembros de la pareja se aceptan recíprocamente, no sólo para compartir su vida y ayudarse mutuamente sino en la mayoría de los casos, para procrear, de igual manera observamos que no se necesita estar casados para tener hijos.

Igualmente vemos que en el mundo hay avances, ha evolucionado la sociedad al compás de los tiempos, cambiando sus creencias, su actuar, su moral, hay también avances científicos como son la reproducción asistida.

Pero no obstante esos cambios en la moral y las creencias, existen un sin número de personas que se oponen a la práctica de la reproducción asistida.

Entre esos opositores encontramos a los moralistas como Borda, Di Cío, Batlle, Cossari, Martínez Val, Collignon; entre otros; quienes se inclinan por la inmoralidad de todo acto inseminatorio o fecundador artificial, aún el realizado con semen del cónyuge.

Para ellos la práctica de éstos métodos artificiales de concepción traen como consecuencia inmediata la separación radical de las dos funciones que concurren indisolublemente con el acto sexual: la función procreadora y la intimidad; y el hombre según ellos, no tiene derecho a ejercer una de esas dos funciones separadas una de la otra por cualquier artificio humano, ya que iría en contra de las exigencias de la naturaleza humana. (64)

En ese mismo sentido, encontramos en la Enciclopedia Jurídica Omeba lo siguiente:

"Se considera que el hombre no tiene derecho, autoridad, ni facultad alguna para disponer a su arbitrio de su semilla, sino que tan sólo debe hacerlo, como está dispuesto en las Leyes Divinas, es decir, de modo natural y por medios naturales por lo que fácilmente se puede observar que toda inseminación

(64) Cf. BATLLE, MANUEL., La Eutelegenesia y el Derecho., Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1979., Pp. 670-672., SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., Pp. 85-93., MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., Pp. 497-499., GONZALEZ OSEGUERA, FELIPE., Ob cit., P. 40.

que no recurra a éstos medios constituye una inseminatio ex obiecto, es decir, no natural, inmoral y peccaminosa." (65)

Argumentan los seguidores de esta posición que la inmoralidad de la reproducción asistida se origina desde que es necesaria la masturbación para obtener el semen aún cuando se utilicen otros métodos para obtenerlo, como son los masajes y los medios electrónicos, entre otros; ya que el resultado es el mismo: "procurar solitariamente goce sexual"; así mismo la presencia de un tercero donante es un agravante inmoral, ya que se considera a esta práctica intrínsecamente perniciosa y una aberración constitutiva de un hecho ilícito que debe ser reprimido.

Por lo tanto, para los teólogos y moralistas ninguno de los métodos que han propuesto los médicos para recoger el semen, como son el coito interrumpido, el uso del preservativo, etc, son morales. El único procedimiento que ellos aceptan consiste en que después de la cópula realizada normalmente se recoga el semen de la vagina de la mujer con un instrumento y se introduzca en el interior de la cavidad uterina.

A continuación haremos una breve referencia de las posturas adoptadas por las diferentes religiones ante la reproducción asistida.

Las autoridades católicas, empezando por el Papa Leon XIII en

(65) ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Vol. XII, Edit. Driskill S. A., Buenos Aires, Argentina 1987, P. 75.

1897, han rechazado la inseminación artificial, "Non licere" fue la respuesta del Santo Oficio, S.S. Pio XI, en su encíclica "Casti Connubii" (31 de diciembre de 1930), sin referirse específicamente a la inseminación artificial, insiste sobre "Las donaciones sagradas de la unión de los esposos". El Cardenal Griffin, en una alocución ante la Catholic Doctor's Guild, pronunciada en Inglaterra en 1945, hace sentir también su voz de alarma. (66)

El Papa Pio XII expresó el sentir de la Iglesia Católica en la audiencia del 29 de septiembre de 1949, concedida a los participantes del IV Congreso Internacional de Médicos Católicos, manifestando al respecto lo siguiente:

a) La fecundación artificial fuera del matrimonio ha de considerarse pura y simplemente como inmorale.

Tal es, en efecto, la ley natural y la ley divina positiva, que la procreación de una nueva vida no puede ser fruto más que del matrimonio.

b) La fecundación artificial en el matrimonio, pero producida por elemento activo de un tercero, es igualmente inmorale y como tal hay que reprobársela sin apelación.

Sólo los esposos tienen derecho recíproco sobre sus cuerpos para engendrar una nueva vida, derecho exclusivo.

(66) Cf. BATLLE, MANUEL., Ob. Cit., P. 674., SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob. cit., P. 85., MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob. cit., P. 551., GONZALEZ OSEGUERA, FELIPE., Ob. cit., P. 41.

intransferible, inalienable.

c) *En cuanto a la licitud de la fecundación artificial en el matrimonio, bástenos recordar que el deseo muy legítimo de los esposos de tener un hijo, no basta para probar la legitimidad del recurso de la fecundación artificial.*" (67)

Dos años más tarde, el 6 de noviembre de 1951, en una alocución al Congreso de la Unión Católica Italiana de Comadronas, Pío XII señala:

" Reducir la cohabitación y el acto conyugal a una simple función orgánica para la transmisión del semen, equivaldría a convertir el hogar, el santuario de la familia, en un nuevo laboratorio biológico. (68)

El 19 de marzo de 1956, el mismo Pontífice, en el discurso al II Congreso Mundial Sobre Fertilidad y Esterilidad, rechaza las experiencias de fecundación artificial humana "IN VITRO" argumentando que los intentos de fecundación artificial humana in vitro hay que rechazarlos como inmorales e ilícitos, ya que se debe respetar el orden y la finalidad de cada cosa como lo es la generación humana; y la fecundación artificial no respeta la dignidad del cuerpo humano en donde se tendrían seres humanos sin el derecho a la educación, a la

(67) Cfr. RASBAUD, RAYMOND., Ob cit., Pp. 158-160. MARTINEZ CALCERRADA, LUIS., Ob cit., P. 551.

(68) Ib dem.

instrucción y a la asistencia de dos personas, es decir, del padre y de la madre, ya que nadie lo sería verdaderamente, estando viciado todo el procedimiento de fecundación in vitro. (69)

El punto de vista protestante se puede conocer en la afirmación hecha por el Pastor Georges Marchal: La teología protestante, por principio, no debería desechar la autoinseminación cuando es juzgada médicamente indispensable para la fecundación. (70)

Los autores protestantes como Marchal, G.A. Danell, O. Herrin, S. Lindholm y H. Riesenfeld, teólogos suecos, por momentos están dudosos sobre la validez de los procedimientos para obtener el esperma, manifestando un espíritu de tolerancia más amplio que el de los católicos, ya que concluyen que la obtención del semen efectuada en los órganos femeninos después de un coito natural, es la técnica más recomendable. (71)

La Ley Moral Israelita se opone fundamentalmente a la inseminación artificial heteróloga, a la que equipara con el adulterio. En cuanto a la inseminación artificial homóloga las opiniones están divididas en el seno mismo del judaísmo, pues mientras unos la consideran lícita, otros se

(69) FEIT, PEDRO LEON., Cuadernos de los Institutos; "Distintos aspectos del problema de la inseminación artificial en los seres humanos. su interés jurídico especialmente en cuanto a la filiación"., Núm. 87, Córdoba, Argentina 1966, Pp. 49-50.

(70) Cfr. FEIT, PEDRO LEON., Ob cit., RASBAUD, RAYMOND., Ob cit., P. 160.
(71) Ib dem.

oponen terminantemente a ella. (72)

La moral musulmana no presenta ningún problema dado el concepto que el creyente islámico tiene del matrimonio, la familia y la procreación; ya que en ella existe la facilidad para el hombre de repudiar a la mujer estéril, así como el que esté tenga diversas mujeres (concubinas) con las que puede procrear.

Por otra parte, la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia el 9 de mayo de 1949 emitió su opinión sobre inseminación artificial, considerando que no debe aconsejarse ni desde el punto de vista moral, social y jurídicamente la heteroinseminación utilizada para suplir la esterilidad del marido, dándosele a conocer a las personas que recurran a ella los inconvenientes de orden psicológico, próximo o lejano que presenta o presentará, así como también el hecho de integrar fraudulentamente en una familia un niño que llevará el nombre del padre legal y que se creará el hijo; debe considerarse como un atentado a los ejes del matrimonio, de la familia, de la sociedad". (73)

Por nuestra parte consideramos que no debe condenarse en términos generales, ni desde el punto de vista de los sentimientos y de la moral humana, ni desde el punto de vista jurídico la reproducción asistida; ya que la moral es una cuestión eminentemente individual y por lo que respecta al derecho este no puede hacer otra cosa que posibilitarla, así como también coincidimos con lo que se decidió en

(72) Cfr. FEIT, PEDRO LEÓN., *Ob. cit.*, RASBAUD, RAYMOND., *Ob. cit.*, P. 172.

(73) RASBAUD, RAYMOND., *Ob. Cit.*, P. 181.

Lübeck en el LXII Congreso de Médicos Alemanes de 1959 sobre inseminación artificial, en donde se manifestó que:

" La inseminación artificial homóloga no atenta contra la ética profesional, ni es conveniente formular una prohibición general en su contra, porque no constituye en realidad una lesión de la dignidad humana. La inseminación artificial que se realiza entre los cónyuges, para salvar los obstáculos orgánicos o funcionales que se oponen a la prolongación del vínculo conyugal hacia el área paterna es moralmente, un ámbito límite en el que no cabe ya la discusión, sino la discreción. " (74)

5.2.- ASPECTO MORAL Y LA EVOLUCION DEL CRITERIO ECLESIASTICO.

Las dificultades teológicas han surgido al considerarse los métodos de obtención del semen. El método principalmente criticado es la masturbación que hizo que los teólogos romanos condenaran la inseminación artificial del marido. Según el punto de vista católico la masturbación es un acto de polución, intrínsecamente dañino e irredimible por que no esta dirigido a la procreación.

(74) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 89.

Como principio general esta la reprobación del onanismo (que se ha tomado como masturbación), lo que aparece desde el Antiguo Testamento, que es necesario para el caso de la inseminación artificial. En los decretos del 24 de septiembre de 1665 y 18 de marzo de 1666, se condenan como pecados la masturbación, la sodomía y la bestialidad. En el decreto del Santo Oficio, del 2 de agosto de 1929, a la pregunta: " ¿ Es lícita la masturbación directa procurada para obtener espermia con que se descubra y, en lo posible, se cure la enfermedad contagiosa de la blenorragia ? " . se responde " negativamente " . Sin embargo, ya se discute la ilicitud cuando se realiza en orden al examen del semen. (75)

Al volverse factibles otros métodos para obtener el semen, como la punción de un testículo y del epidídimo, volvió a debatirse la moralidad de la inseminación artificial del esposo. El Padre Kelly escribió en The Ecclesiastical Review:

"Pero la punción del testículo no implica uso del acto sexual. En sí misma, su moralidad intrínseca podría participar de la naturaleza de una mutilación menor, algo similar a lo que implica una transfusión sanguínea." (76)

Los teólogos católicos responden que el placer obtenido del acto de la masturbación no constituye su mal, sino que el acto es malo en sí

(75) DENZINGER, ENRIQUE. El Magisterio de la Iglesia, Biblioteca Herder, Barcelona, España, 1959, P. 306.

(76) Ib dem., P. 329.

mismo, volviendo así ilegítimo el placer.

Por lo que respecta al método de punción del testículo, arguyen que la extracción del semen de los órganos masculinos es intrínsecamente mala, puesto que destruye la ordenación del semen para la procreación tal como lo requiere el orden natural. Con el objeto de que el semen sea físicamente ordenado para la procreación, debe permanecer dentro de los órganos generadores. Según éste enfoque, el hombre no tiene el dominio de su propio semen si no meramente el derecho a usarlo en relación con la procreación que surge del intercambio sexual natural.

En 1984, el Sacerdote y biólogo italiano, Javier Gafo, manifestó respecto de la inseminación artificial que desde el punto de vista moral, no debe calificarse de masturbación al procedimiento para obtener el semen que se utiliza en la inseminación artificial, ya que no se trata de un comportamiento sexual individualista, que busca una personal satisfacción erótica o la superación de tensiones sexuales, sino un comportamiento en caminado hacia la procreación de igual manera cuando el deseo de ser padres no entra en conflicto con otros valores éticos más relevantes, debe ser valorado como altamente positivo; por lo que es relevante señalar cómo en muchas parejas, la falta de hijos significa un importante obstáculo para su realización como personas y como matrimonio, en el caso de la inseminación artificial homóloga va a nacer un hijo intensamente deseado, y no un mero producto de la casualidad o, incluso, contrario a la voluntad inicial de sus padres; aspectos que deben tenerse en cuenta al hacer una valoración global de la inseminación artificial." (77)

(77) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., Pp. 90 - 91.

Así mismo en un estudio realizado en 1978, por la Catholic Theological Society of América, expresa que las discusiones de la última década sobre inseminación artificial con esperma del marido indican una creciente aceptación de este método. La preocupación básica de que "el hijo sea fruto del amor" no parece que se vea amenazada por la modificación biológica del proceso de inseminación por lo que las objeciones que Pío XII oponía a este procedimiento, ya no son consideradas como un obstáculo por la mayor parte de los moralistas cuando el semen procede del marido y los cónyuges viven su matrimonio en un clima de amor, en donde se puede afirmar que hay una firme unión moral entre el acto de amor y el niño que nace como fruto de la inseminación artificial; por lo que los pastores deben sentirse libres de aconsejar a los matrimonios sin hijos que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres. (78)

Más adelante éste estudio agrega, que la actual ciencia deja sin responder muchas interrogantes como son los riesgos biológicos y psicológicos que correrían estas personas prefabricadas, como se podría reconciliar este procedimiento con la idea cristiana de que el hijo debe ser fruto del mutuo amor de los padres, así como el impacto que podría causar en la unidad familiar y en la sociedad, además de que quién podría estar firmemente convencidos de que los cigotos no son plenamente humanos hasta su implantación, cuyas respuestas serían numerosas y graves para aprobar o alentar por el momento este tipo de investigaciones.

Como antecedente de la inseminación heteróloga se puede señalar el levirato, el cual se cita dentro del Deuteronomio 25:5.7, en la Biblia con las siguientes palabras:

(78) Cit. CHAVEZ ASENCIO., MANUEL F. Ob cit., Pp. 28-29.

" Si hermanos viven juntos y muriere uno de ellos sin tener hijos, la mujer del difunto no se casará fuera con un extraño, sino que su cuñado se llegará a ella y la tomará por mujer, cumpliendo con ella el deber del levirato.

El primogénito que ella diere a luz, será sucesor del nombre del hermano del difunto, para que su nombre no se borre de Israel.

Pero si el hombre no descare tomar a su cuñada, subirá ésta a la puerta donde están los ancianos, y dirá: Rechusa mi cuñado resucitar el nombre de su hermano en Israel: no quiere cumplir conmigo el deber del levirato. Entónces le llamarán los ancianos de su Ciudad y le hablarán: y si él persiste y dice: No quiero tomarla, su cuñado se acercará a él y en presencia de los ancianos le quitará el calzado del pie, le ocupará en la casa y contestará diciendo: Así se ha de hacer al hombre que no quiere edificar la casa de su hermano, y se le dará en Israel este nombre: La casa del descalzado." (79)

La Ley del Levirato, estaba inspirada en la idea de continuar la vida en los hijos y verlos como herederos de la propiedad de la familia; en el pueblo israelita se tenía un sentido mesiánico, es decir, quien quedaba sin hijos se veía privado de la esperanza de que el Mesías naciera de su linaje.

La costumbre del levirato era muy antigua entre los hebreos, sancionada en la Ley Mosaica, siguió practicándose en época

evangélica, con el cambiar de las condiciones de vida, la obligación del levirato fue sepultada en el olvido.

Como antecedente de la inseminación artificial con elemento femenino extraño, tenemos que el Código de Hammurabi, en su párrafo 144, señalaba que la esposa que no tenía hijos podía dar a su marido una esclava. El hijo del marido y de la esclava pasaba por hijo de la esposa, y si la esclava despreciaba a su dueña estéril, tenía está el derecho de castigarla como propiedad suya. (80)

En el Antiguo Testamento, en el Génesis 16: 1-3, encontramos una narración semejante a lo anterior cuando se relata el nacimiento de Ismael.

" Saraí, mujer de Abraham, era estéril, por lo que pidió a su marido Abraham que fecundase a Agar, se esclava egipcia: "Quizá tendre hijos de ella. Lijo Saraí, hizo así Abraham, y Agar dió a luz a Ismael. " (81)

Otro antecedente Bíblico se encuentra también en el Génesis 37:2, donde se cuenta la historia de José haciendo mención que sus

(80) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F., Ob cit., P. 32.
(81) LA BIBLIA., P. 55.

hermanos eran hijos de otras mujeres de su padre de nombres Bilá y Zelfa.

En el estudio realizado en 1978, por la Catholic Theological Society of America, se rechaza este tipo de procreación; argumentando que es una intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal, así como lo que significa para el marido recibir un hijo concebido con ayuda de un donante; ya que el marido podría llegar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de la unión adúlterina por parte de su esposa, incluso deseado en la intimidad de su vida conyugal, creandose con ello un riesgo y una amenaza contra el mismo matrimonio si ambos cónyuges no poseen la suficiente madurez y no están perfectamente de acuerdo con esta idea. De igual manera, hay pruebas de lo contrario, como es el hecho de que muchas parejas han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que sus vidas personales y conyugales se han visto enormemente enriquecidas; lo que debe servir de advertencia para no cerrar en absoluto la vía hacia esta solución. (82)

Actualmente se sigue debatiendo la moralidad de la fecundación in vitro practicada en mujer libre de matrimonio, así como también de la inseminación heteróloga, mientras que para la homóloga opinan que no se puede descartar como inmoral cuando no daña a la dignidad de la persona y puede aportar un bien a los cónyuges.

Así encontramos artículos como los publicados el 10 de Mayo de

(82) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F., Ob cit., P. 31.

1989 en la Revista de la Universidad del Valle de Atemajac, Jalisco; por María de Jesús Durón Segovia, en el que menciona que la Iglesia al dar a conocer el documento titulado "Instrucción sobre el respeto por la vida humana en sus orígenes y sobre la dignidad de la procreación"; redactado por el Cardenal Ratzinger, Jefe de la Congregación para la Doctrina de la Fe (ExSanto Oficio y antes Tribunal de la Santa Inquisición), condena la fecundación artificial, el aborto y la planificación de la familia, fundamentándose en el deseo de "proteger la vida".

De igual manera el primero de Agosto del presente año, en Inglaterra se debatió sobre la destrucción de miles de embriones humanos que se encontraban en estado de congelación y habían sido creados por inseminación artificial hace cinco años, la asociación antiabortistas life (vida) esta a favor de que se conservaran por más tiempo con vida mientras que el gobierno Británico ordenaba su destrucción; esté hecho fue calificado por el Vaticano como una matanza prenatal. (83)

5.3.- EL ANONIMATO Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD.

El concepto de anonimato en la inseminación y fecundación artificial es relativo, ya que éste significa ser desconocido, es decir, que el dador de semen o la dadora del óvulo no deben ser conocidos por

(83) Diario El Universal. Número 28.788. Año LXXX. Tomo CCCXVIII. México, D.F., 1º de Agosto de 1996. Pp. 1-4.

receptora técnica; mientras que los receptores materiales del semen o del embrión, es decir, el médico, el biólogo o el laboratorista, si conocen la identidad del dador y poseen normalmente su historia clínica, como precaución necesaria por razones eugenésicas. Este ocultamiento surge de un acuerdo triangular entre quien aporta el material genético y quien lo recibe, en última instancia, pero a través del médico encargado de realizar la operación.

El anonimato, es casi imposible en la maternidad subrogada, por el contacto que hay entre la mujer que lleva en su vientre al bebe y la que lo recibirá al momento de nacer, a menos que todo el proceso se realice a través de intermediarios.

El Informe Warnock, en Inglaterra; que como ha quedado con anterioridad establecido en este trabajo es un programa de contenido normativo que sienta bases y directivas sobre reproducción asistida; en su recomendación 18, establece respecto del anonimato lo siguiente:

"Como medida de buen procedimiento, que cualquier tercero que done gametos para el tratamiento de la esterilidad, debe ser desconocido para la pareja antes, durante y después del tratamiento; igualmente, el tercero no debe tener conocimiento de la identidad de la pareja asistida." (84)

(84) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL., Ob cit., P. 489.

El Código Sanitario de Nueva York, establece respecto del anonimato de los donadores:

" Los médicos que practican inseminación heteróloga deben conservar las historias clínicas de los donadores que utilizan, para que, en caso de ser necesario, suministren información médica sin revelar su identidad. " (85)

Así mismo la Uniform Parentage Act, en Estados Unidos, dispone que los archivos que contienen información acerca de los donantes, sólo podrán ser examinados si media una orden judicial por haberse acreditado una buena causa para ello. (86)

El Consejo de Europa, en su Proyecto Preliminar de Recomendaciones sobre los problemas derivados de las técnicas de procreación artificial, establece en su art. 8 :

" El facultativo y equipo del establecimiento médico que utilicen las técnicas de procreación artificial, deberán mantener el anonimato del donante, y sujetos a los requisitos que exige la ley de procedimientos, guardarán el secreto de la identidad de

(85) *Ib dem.*

(86) *Ib dem.*, P. 491.

los miembros de la pareja, así como también el hecho de la procreación artificial. Sin embargo la legislación podrá prever que el niño a su mayoría de edad, pueda tener acceso a la información referente a la forma de su concepción y las características de su donante (podrá también, en casos apropiados y si las personas interesadas estuviesen informadas de esta posibilidad, desde antes de que la fecundación tuviese lugar, ser notificado de la identidad del donante). " (87)

En América, el Código de Familia de Costa Rica manifiesta lo siguiente:

" La inseminación artificial con espermatozoides del marido o de un donante con el consentimiento de ambos esposos, resulta similar a la cohabitación, a los fines de la filiación y de la paternidad, no adquiriendo el tercero ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades. " (88)

La Ley Sueca autoriza a la persona que fue concebida por medio de inseminación artificial, ya que tiene el derecho, si ha alcanzado suficiente madurez, a conocer los datos del donante del semen, los cuales en su oportunidad fueron anotados en un registro especial

(87) *Ib dem.*, P.492.

(88) *Ib dem.*, Pp. 492-493.

del hospital. La autoridad correspondiente tiene la obligación, si aquél lo requiere, de ayudarlo a conseguir esta información e incluso revelar la identidad cuando se juzgue conveniente.

Por lo anterior, se puede apreciar que se rompe con el anonimato del dador de semen o la dadora del óvulo, y con el anonimato de la receptora, estableciéndose el derecho a la identidad que tienen los hijos de conocer sus orígenes así como también el derecho que tiene el individuo de conocer a sus descendientes, con lo que quizás se podría adoptar una solución intermedia que respetara el derecho y el deber que tienen los padres de hablar con la verdad al hijo, y el derecho de éste de acceder a la información para conocer su origen.

5.4.- LA RESPONSABILIDAD ETICA Y SOCIAL DEL MEDICO Y DEL BIOLOGO.

Antes de referimos a la responsabilidad de dichos profesionistas en la inseminación artificial, es necesario precisar que se entiende por responsabilidad profesional; ésta se ha definido como:

"Bajo el punto de vista jurídico, se entiende por responsabilidad, la obligación del autor de una falta de repararla, sea con la víctima, indemnizándola, responsabilidad civil; sea para con la sociedad, sufriendo ciertas penas.

responsabilidad penal. " (89)

Esto es, la responsabilidad profesional, es la obligación que tiene todo individuo profesional de responder ante la justicia por el daño que resulte de su actividad profesional.

Así el profesor Jorge Alberto Riu al dar su definición de responsabilidad profesional de los médicos, lo hace con las siguientes palabras:

" Definiremos a la responsabilidad profesional de los médicos, como la condición fundamental para el ejercicio de su actividad, cuya incorrecta aplicación, lo colocará en la obligación de responder ante la justicia por el correspondiente reproche que esta le formule." (90)

En México, el médico tiene una completa libertad en el ejercicio de su profesión, pues solamente se hace referencia a ella en dos artículos del Código Penal, el artículo 228 y el 229, los cuales se refieren a los daños que cause en la práctica de su profesión tanto el profesionista como sus auxiliares; las penas a las que se refieren esos artículos consisten en suspensión temporal de un mes a dos años en el ejercicio de su profesión, en caso de reincidencia será acreedor de suspensión

(89) TORRES TORIJA, JOSE., Derecho Médico., Edit. Yungano., P. 41.

(90) RIU, JORGE ALBERTO., Responsabilidad profesional de los médicos., Larner editores asociados, Buenos Aires, 1981, Pp. 17-18.

definitiva, las cuales le son aplicadas independientemente de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, ya sean intencionales o imprudenciales; así como también serán responsables en el caso de que abandonen al enfermo o lesionado en su tratamiento sin causa justificada y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.

Por lo que consideramos que se debe dejar a juicio del médico en su actividad profesional el determinar si es factible realizar o no la inseminación o la fecundación artificial, en el caso de que ésta se realice, se debe depositar en él la plena confianza que da el secreto profesional y en el caso de que se causen daños se estará a lo señalado por los artículos antes mencionados.

El autor francés Raymond Rasbaud menciona en su obra El drama humano de la inseminación artificial, la responsabilidad que le corresponde al médico en la inseminación con los siguientes términos:

" / Que tarea más delicada se presenta ante el médico, incluso antes de emprender la intervención ! Lejos de acceder, a ojos cerrados, a la petición de una pareja o de una mujer desconocidas, no solamente deberá informarse, mediante todos los exámenes apropiados, de la utilidad médica de la intervención. Debe averiguar y, con delicadeza, rechazar los casos en que su adhesión ciega implicaría una violación manifiesta de la ley moral, como, por ejemplo, el caso en que se tratara de inseminar a una mujer ya casada por obra de un amante

y deseosa de ocultar hipócriticamente su gravidez a los ojos del marido." (91)

Por lo que podemos decir que el médico tiene como primer responsabilidad, la de asegurarse por los medios adecuados, que el hombre o la mujer es infértil, que su esterilidad es permanente; en el caso de la inseminación o fecundación heterologas en las que se utiliza al donante debe establecerse la aptitud psicológica de la pareja para el gran paso que representará en su vida la inseminación por donante, ya que el esposo no será el padre biológico del hijo o la mujer no será la madre biológica del nacido tratándose de la fecundación artificial en donde se utiliza el óvulo de una donadora; ya que la presencia del hijo puede constituir un recordatorio de su infertilidad.

Así mismo, una vez que el médico ha comprobado esos aspectos podrá realizar ética y clínicamente la inseminación o la fecundación artificial por donante, o realizar la inseminación o fecundación artificial homóloga.

Felipe González Oseguera manifiesta su opinión respecto a la moralidad de los médicos en estas técnicas de procreación de la siguiente manera:

** Para los médicos que aconsejan y practican la*

(91) RASBAUD, RAYMOND., Ob cit., 151.

inseminación artificial, no existe el problema moral, pues consideran que atendiendo al desarrollo científico de la humanidad en nuestra época, sólo se debe considerar su aplicación como una técnica más dentro de la medicina, además de que la intervención es considerada como de pequeña cirugía."(92)

Por lo anterior, hemos de concluir que para el autor antes mencionado la práctica de la inseminación artificial o de la fecundación in vitro son técnicas que aplica el médico en su especialidad para subsanar la esterilidad que padece el varón o la mujer y lograr con ellas la concepción, no existiendo para él, el problema moral dado el desarrollo científico de la humanidad.

(92) GONZALEZ OSEGUERA, FELIPE., Revista del foro de México., La inseminación artificial de la mujer ante el derecho mexicano., Núm. 97, México 1961., P. 43.

CONCLUSIONES

- 1.- La inseminación artificial y la fecundación in vitro deben practicarse sobre todo ante la esterilidad irreversible de la pareja, para facilitar la procreación cuando los demás métodos terapéuticos se han descartado por ser ineficaces o inadecuados.**
- 2.- Podrá emplearse también la inseminación y fecundación artificial para la prevención o eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario susceptibles de ser transmitidas al hijo, cuando haya suficientes probabilidades de buen éxito y que su práctica no suponga un riesgo para la salud de la mujer o del hijo.**
- 3.- Creemos que no debe aplicarse la inseminación y la fecundación artificial sino cuando se den condiciones apropiadas para asegurar que el producto nacerá bien, sin problemas genéticos.**
- 4.- Considero que debe prohibirse que estos métodos sean utilizados para la creación de futuros super seres, influyendo en los caracteres hereditarios o en la selección de la raza.**
- 5.- La inseminación artificial y la fecundación in vitro deben realizarse en personas que gocen de buen estado de salud físico, genético y**

psicológicas características que deben ser corroboradas por un facultativo.

6.- Las personas que intervienen directamente como parte interesada en la inseminación y fecundación artificial deben de recibir un curso en el que se les expliquen los aspectos e implicaciones de las diferentes técnicas, así como de los resultados a esperar, sus posibles riesgos, bien sean receptores de gametos, o de embriones.

7.- El consentimiento para la realización de la inseminación y fecundación artificial debe efectuarse por escrito precisando cual es el método a utilizar firmando todas las partes que intervengan en la realización de ese acto jurídico.

8.- Considero que al realizarse la inseminación artificial y la fecundación in vitro, tanto para el hombre como para la mujer, casados o solteros, debe garantizarse legalmente el secreto sobre su esterilidad y sobre el origen de los nacidos por estos métodos, para evitar cualquier daño psicológico que se les pudiera causar.

9.- Debe regularse la inseminación artificial y la fecundación in vitro de manera adecuada, practicarse en centros sanitarios y con equipos adecuados para ello.

10.- En un avance más de la inseminación y fecundación artificial, la manipulación de los gametos y embriones, pueden ser congelados, conservarse y depositarse en bancos autorizados para tal efecto; durante el tiempo que la ley determine y con las garantías que la misma,

señale, lo cual también debería aplicarse a la conservación de los óvulos, evitando con ello que se realice la unión de los gametos masculino y femenino y que se hable de conservación y manipulación de embriones.

11.- Tratándose de la fecundación in vitro debe comunicársele a la pareja a cuya mujer se le implantará el embrión o los embriones, el número de embriones sobrantes y su posible manipulación, para que ella manifieste su conformidad en que se destruyan o sean depositados en bancos de embriones.

12.- Debe dictarse una norma especial en la que se autorice la investigación y la experimentación de embriones no implantables, siempre y cuando sea para fines de docencia, evitándose así la manipulación de embriones.

13.- La autorización a que me refiero en la conclusión anterior deberá ser con consentimiento de la pareja de la que son sobrantes e informárseles los fines que se persiguen con la investigación.

14.- Fuera del caso expuesto en la conclusión número doce, lo mejor sería que se prohibiera la manipulación de embriones más aún cuando estos hayan sido objeto de investigaciones o experimentación ya que pueden ser implantados a una mujer o alguna otra especie animal.

15.- Una vez realizada la inseminación y la fecundación artificial los efectos jurídicos que se originan en el ámbito del derecho familiar son los siguientes:

15.1.- Debe considerarse a la pareja que recurra a estas prácticas de reproducción asistida como los padres legales de o de los hijos que nazcan por fecundación o inseminación artificial con semen, óvulos o embriones de donantes.

15.2.- Los niños nacidos con las técnicas de fecundación in vitro o inseminación artificial con la intervención de donantes, deben tener los mismos derechos que los concebidos de forma natural o con la utilización de gametos de los miembros de la misma pareja o matrimonio.

15.3.- El hijo nacido por estas técnicas se debe considerar legalmente como hijo de la madre gestante y tendrá como padre al marido o compañero de ésta, siempre que ambos lo hubieren acordado y aceptado, previo documento donde conste tal circunstancia.

15.4.- Tratándose de la maternidad subrogada, la madre gestante puede negarse a entregar al hijo a la pareja con la que había contratado; por lo que cabe prevenir la solución de los conflictos que se generen por la negativa de la madre gestante para entregar el producto a la pareja solicitante.

15.5.- Debe regularse además, si los hijos nacidos por medio de donantes, tienen derecho o no de conocer su origen, así como también si tienen la facultad de investigar su paternidad y los efectos que esta puede causar a los donantes.

15.6.- Considero que la mujer libre de matrimonio puede, si es

su deseo, procrear utilizando la inseminación artificial o la fecundación in vitro.

15.7.- Por otra parte, cuando se autorice la donación de gametos está no debe revocarse, teniendo un carácter altruista, aunque pudiera originar la donación gastos, como pudieran ser la pérdida de ingresos ocupacionales o los gastos de desplazamiento, los cuales pueden ser pagados por los solicitantes en caso de ser una donación voluntaria, sin coacción sobre el donante el cual dará su consentimiento por escrito y en el supuesto de ser casado, tendrá que dar su consentimiento también su consorte.

15.8.- Debe mantenerse en el anonimato la identidad de los donantes, así como también ellos tienen que desconocer la identidad de la receptora, para evitar conflictos posteriores; además de ser advertidos de la posibilidad de que el hijo nacido de su donación pueda investigar su paternidad o su maternidad.

15.9.- Deberá regularse que en ningún caso los donantes podrán posteriormente reclamar su paternidad o su maternidad.

16.- Al realizarse una inseminación artificial o una fecundación in vitro con donante, deberán constar estos datos, únicamente en la historia clínica de la mujer y del médico que intervenga en la inseminación artificial o centro hospitalario.

17.- Los centros sanitarios, donde se realicen estas técnicas de reproducción asistida deberán estar regidos por la Ley General de

Salud, contar con médicos especializados en la materia, llevar historias clínicas de los donantes, evitar que un sólo donante sea utilizado más de tres veces, ya que por su gran difusión, estas técnicas constituyen un factor importante de procreación.

18.- El médico es responsable si viola el anonimato de los donantes, si realiza mal el manejo de los gametos, embriones o a utilizarse con las técnicas de reproducción asistida, o si por negligencia trasmite al producto de la reproducción asistida, a la receptora o a los donantes, enfermedades congénitas o hereditarias que pudo haber evitado.

19.- Por otra parte, el médico no será responsable cuando utilizando todas las técnicas de asepsia y antisepsia para la realización de las técnicas de reproducción asistida, el producto de estas resulte con taras o malformaciones.

20.- El médico y los que intervengan en la realización de las técnicas de reproducción asistida con fines de lucro, sin el consentimiento de las partes, o que utilicen estas técnicas para otros fines que no sean los de remediar la infertilidad deben ser castigados, por lo que se considera que esas conductas deben de ser constitutivas de un hecho ilícito penal.

B I B L I O G R A F I A .

- 1) ACHAVAL, ALFREDO. Responsabilidad Civil del Médico. Editorial Abeledo-Perot., Edición 2a., Argentina, 1992.
- 2) AMELAR, RICHARD., LAWRENCE DUBIN y PATRICK C. WALSH. Infertilidad en el Varón. Editorial Panamericana, Argentina, 1980.
- 3) BAÑUELOS SANCHEZ, FROYLAN. Derecho notarial. Edición 3a., Editorial Cardénas, Editor y Distribuidor., México, 1984.
- 4) BERNARD, BLANC y LEON, DOBLI. Ginecología. Editorial Mosay-Doyma. Edición 2a., España, 1994.
- 5) BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría general de las obligaciones. Editorial Porrúa S. A. Edición 12a., México, 1991.
- 6) CALATRONI RUIZ, CARLOS J. y VICENTE RUIZ. Terapéutica., Editorial Medica Panamericana. Edición 10a., Argentina, 1991.
- 7) CARDENAS DE LA PEÑA, ENRIQUE. Terminología médica. Edición. Interamericana. Edición 2a., México, 1983.
- 8) CHAVEZ ASENCIO, MANUEL F. La familia en el derecho. Relaciones jurídico paterno filiales. Editorial Porrúa, S.A., Edición 2a., México, 1992.
- 9) LI CONGRESO MUNDIAL VASCO. La filiación a finales del Siglo XX problemática planteada por avances científicos en materia de reproducción humana. Editorial Trivium, Edición 1a., España.

- 10) DE PINA VARA, RAFAEL. Derecho civil mexicano. Volumen I., Editorial. Porrúa, S. A., Edición 16a., México, 1983.
- 11) DEXEUS, J. M. y P. N. BARRI. Fertilidad. Editorial Masson-Salvat. Medicina., España, 1993.
- 12) DEZINGER, ENRIQUE. El Magisterio de la Iglesia., Biblioteca Herder. Barcelona, España, 1953.
- 13) GALINDO GARFIAS, IGNACIO. Derecho civil., Editorial Porrúa, S.A., Edición 8a., México, 1987.
- 14) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al estudio del derecho. Editorial 38a., Edición Porrúa, S.A., México, 1986.
- 15) GROSMAN, CECILIA P. Acción de impugnación de la paternidad del marido. Editorial A'bacó de Rodolfo de Palma., Edición. 1a., Buenos Aires, 1982.
- 16) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las obligaciones. Editorial Cajica, S. A., Edición 5a., Puebla, México, 1991.
- 17) GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. El patrimonio pecuniario. Editorial Cajica, S. A., Edición 7a., Puebla, México, 1995.
- 18) LA BIBLIA. Editorial Verbo divino., Edición LXXIX., España.
- 19) LIN TAN, SEANG y HOWARD S. JACOBS Esterilidad la respuesta sus preguntas. Editorial Interamericana-Mcgraw Hill. Edición 1a., España, 1994.
- 20) LOFTUS TOWNSHEND LEWIS, THOMAS y GEOFFREY V. P. CHAMBERLAIN. Ginecología., Editorial El manual moderno, S.A. de C.V., México D.F. - Santafé de Bógota, 1994.

- 21) LOPEZ BOLADO, POGGI BRUNO. Responsabilidad profesional de los médicos. Editorial Universidad Yungano., Edición 2a., Buenos Aires, 1989.
- 22) LORENZETTI, RICARDO LUIS. Responsabilidad civil de los médicos. Editores Rubinzal - Culzoni., Argentina, 1986.
- 23) MAGALLON IBARRA, JORGE MARIO. Instituciones de derecho civil. Tomo I. Editorial Porrúa, S. A., Edición 1a., México, 1987.
- 24) MARTINEZ ALFARO, JOAQUIN. Teoría de las obligaciones., Editorial Porrúa, S.A., Edición 3a. México, 1993.
- 25) MARTINEZ - CALCERRADA, LUIS., Derecho medico. General y especial. Volumen I. Editorial Técnos, S. A., Madrid, 1986.
- 26) MENDEZ ACOSTA, JOSEFA. La filiación. Editores Rubinzal - Culzoni. Argentina, 1986.
- 27) MONTERO DUHAL, SARA. Derecho de familia. Editorial Porrúa, S. A., Edición 5a. México, 1990.
- 28) PEÑA BERNALDO DE QUIROS, MANUEL. Derecho de familia., Universidad de Madrid. Sección de publicaciones.
- 29) PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Derecho notarial. Editorial Porrúa, S.A., Edición 7a., México, 1996.
- 30) POTHIER, R. J. Tratado de las obligaciones. Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, Argentina.
- 31) QUINTANILLA GARCIA, MIGUEL ANGEL. Derecho de las obligaciones. Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. Edición 2a., México, 1981.
- 32) QUIROZ CUARON, ALFONSO. Medicina forense. Editorial Porrúa, S. A., Edición 6a., México, 1990.

- 33) RASBAUD, RAYMOND. El drama humano de la inseminación artificial. Traducido del francés por el Dr. Baldomero Córdón Bonet. Impresiones Modernas. México, 1978.
- 34) RIU, JORGE ALBERTO. Responsabilidad profesional de los médicos. Lerner editores asociados. Buenos Aires, 1981.
- 35) ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Derecho civil mexicano. Editorial Porrúa, S. A., Edición. 7a., México, 1987.
- 36) SANCHEZ MEDAL, RAMON. De los contratos civiles. Edición Undécima. Porrúa, S.A., 1991.
- 37) SEGATORE, Dr. LUIGI. Diccionario Médico. Editorial Teide. Barcelona, 1992.
- 38) SOTO LAMADRID, MIGUEL ANGEL. Biogénetica, filiación y delito. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990.
- 39) SORRENTINO, JOSEPH. La revolución moral. Edición 1972.
- 40) TORRES TORIJA, JOSE. Medicina legal. Librería de medicina. Edición 6a. México, 1970.
- 41) TREVIÑO GARCIA, RICARDO. Contratos civiles y sus generalidades. Tomo I. Editorial Font, S.A., Guadalajara, Jal. 1987.
- 42) VERDUZCO PARDO, GABRIEL. Esterilidad conyugal. Editorial Limusa. México, 1987.
- 43) ZANNONI, EDUARDO A. Derecho civil. Tomo II. Editorial Astrea. Edición 2a. Argentina, 1989.

R E V I S T A S .

- 1) ACTAS PROCESALES GENERAL DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA. Tomo XVII. Número 6. La eutelegenesia y el derecho. Battie Manuel.
- 2) CONTENIDO. Editorial Contenido S.A. de C.V. Noviembre 1994, México. Bebes de probeta hechos en México. Cópil, Adrian y Juan De la torre.
- 3) CRIMINALIA. Año XXVIII. Número 6, Diciembre 1962, México. ¿Es lícita la fecundación artificial humana ? González Bustamante, J.J.
- 4) CRIMINALIA. Año XXI. Número 6, Junio 1955, México. La inseminación artificial en la especie humana. Flores García, Fernando.
- 5) CUADERNOS DE LOS INSTITUTOS. Número 86, Córdoba, Argentina 1966. Distintos aspectos de la inseminación artificial en seres humanos especialmente en cuanto a la filiación. Feit, Pedro León.
- 6) REVISTA CUBANA DE DERECHO. Año XXIX. Número. 1, Enero - Marzo 1957. La Habana., Paternidad sin "padre". Hijos procreados mediante inseminación artificial., Le Riverand y Brusone, Eduardo.
- 7) REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID. Volumen II. Número 4, 1958. Pío XII y el problema de la eutelegenesia. Montero Gutiérrez, Eloy.
- 8) REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Volumen IX. Números 26-27. Caracas Venezuela. Temas de derecho de familia. Torres Rivero, Arturo Luis.

- 9) REVISTA FORO DE MEXICO. Números 83, 84, 85, 87, 88; Enero, Febrero, Abril, Junio y Julio 1960. La inseminación artificial en seres humanos. Incidencias jurídicas. Vera Hernandez, Julio Cesar.
- 10) REVISTA FORO DE MEXICO. Número 97, Abril 1961. La inseminación artificial de la mujer ante el derecho mexicano. González Oseguera, Felipe.
- 11) REVISTA JURIDICA DE LA UNIVERSIDAD INTERAMERICANA DE PUERTO RICO. Volumen XIV. Número 1, Septiembre - Diciembre 1979. Santurce, Puerto Rico. La inseminación artificial: ¿Materia de conciencia o derecho? Gúzman, Aurea Violefa.
- 13) REVISTA MENSUAL. Editorial Allius. La inseminación artificial y sus posibles consecuencias penales. Sánchez Vargas, Julio.
- 14) REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO. Números 20 - 21, Octubre 1985 - Marzo 1986, México. Editorial Del Supremo Tribunal de Justicia. Fertilización extracorpórea, aspectos legales. García Mendieta, Carmen.
- 15) REVISTA DEL SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE DURANGO. Números 20-21, Octubre 1985 - Marzo 1986, México. Editorial Del Supremo Tribunal de Justicia. Soto Reyna, Rene.

LEGISLACION Y DICCIONARIOS.

- 1) BOLETIN DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO DE MEXICO. Año XIV. Número 41, Mayo - Agosto 1961. México. Gatti, Hugo. La familia y la técnica actual.
- 2) CODIGO CIVIL. Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
- 3) CODIGO PENAL. Editorial Porrúa, S.A., México, 1993.
- 4) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992.
- 5) DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO DE MEDICINA DORLAND. Volúmen 1. Editorial Interamericana - Mcgraw hill., Edición 9a. España, 1992.
- 6) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo XII. Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1987.
- 7) JURISPRUDENCIA ARGENTINA. Año XXVIII. Número 2392, 16 Noviembre 1965. Buenos Aires, Argentina. Diaz de Guijaro, Enrique. Las modificaciones del derecho de familia ante la realidad social y la técnica moderna.
- 8) LEY GENERAL DE SALUD. Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
- 9) Diario El Universal. Número 28,788. Año LXXX. Tomo CCCXVIII, México D.F., 1º de Agosto de 1996.