

504
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

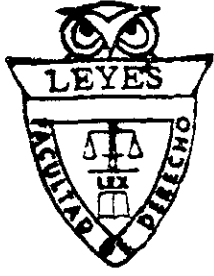
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL.

PROBLEMATICA JURIDICA DE LA RELACION PATERNO-FILIAL DE LOS HIJOS CONCEBIDOS MEDIANTE LA INSEMINACION ARTIFICIAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADA EN DERECHO PRESENTA : CLARA SORIANO RODRIGUEZ

DIR. DE TESIS: LIC FERNANDO BARRERA ZAMORATEGUI



MEXICO, CIUDAD UNIVERSITARIA

1999.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Agradeciéndole el haberme dado la oportunidad de existir y de llegar a la culminación de mi formación profesional.

A LA FACULTAD DERECHO

Como un testimonio más de otro de sus educandos, que consciente de su condición profesional, reconoce lo que la benemérita institución forjó en su persona y que siempre perdurará.

A MI ASESOR DE TESIS

Con respeto y admiración agradeciendo el apoyo recibido para la elaboración de éste trabajo.

A MIS PADRES

Con un gran agradecimiento por haber sembrado en mi el deseo de superación y por contar incondicionalmente siempre con su apoyo.

A MIS HERMANOS

Por haberme inspirado con la esperanza de que mi logro profesional lo vean siempre como meta a superar.

INDICE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL DE LOS HIJOS CONCEBIDOS MEDIANTE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Introducción	1
Capítulo 1. Generalidades sobre la filiación y la filiación de los hijos habidos en matrimonio	3
1.1. Generalidades sobre filiación	5
A) Concepto de filiación	5
B) Clases de filiación	8
C) Consecuencias jurídicas de la filiación	15
1.2. La filiación matrimonial	20
A) Concepto de filiación matrimonial	20
B) Constitución de la filiación matrimonial	22
C) Plazos legales para establecer la certeza de paternidad derivada del matrimonio	26
D) Pruebas de filiación matrimonial	38
E) Consecuencias jurídicas específicas	55
1.3. Acciones de desconocimiento o contradicción de la filiación matrimonial	59
Capítulo 2. La filiación extramatrimonial	88
2.1. Concepto de filiación extramatrimonial	88
2.2. El reconocimiento voluntario	90
A) Requisitos sustanciales	93
B) Requisitos formales	95
C) Consecuencias jurídicas específicas	99

2.3. La presunción de paternidad en el concubinato	102
2.4. La imputación judicial de la paternidad	105
Capítulo 3. La inseminación artificial	117
3.1. Referencia histórica	117
3.2. Concepto y características de la inseminación artificial	121
3.3. Formas de inseminación artificial	130
A) Homóloga	131
B) Heteróloga	134
3.4. Técnicas de inseminación artificial	139
3.5. Consecuencias de la inseminación artificial	147
A) De carácter moral	150
B) De carácter social	155
C) De carácter religioso	173
Capítulo 4. La situación jurídica de la filiación de los hijos concebidos mediante la inseminación artificial	186
4.1. Propuesta de normatividad para la imputación de la paternidad de los hijos concebidos mediante la inseminación artificial ..	197
A) Durante el matrimonio	197
B) Fuera del matrimonio	202
C) Texto de reformas y adiciones al Código Civil vigente que se sugieren	204
Conclusiones	209
Bibliografía	214
Apéndice	222

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como objeto de estudio la filiación, y aun cuando los hijos son iguales en dignidad y en derechos independientemente de su origen, se tratan por separado los aspectos de la filiación matrimonial y la extramatrimonial. Así también, en ambos tipos de filiación se habla de la inseminación artificial, un tema que es necesario que sea contemplado en el Código Civil para el Distrito Federal; analizándose a su vez uno de los tantos problemas que afronta el país hoy en día, como lo es la falta de legislación sobre la relación paterno filial de los hijos concebidos mediante inseminación artificial.

El presente trabajo se desarrolla en 4 capítulos que versaran sobre las generalidades de la filiación, filiación matrimonial, filiación extramatrimonial, consecuencias jurídicas, inseminación artificial con antecedentes históricos, formas, técnicas y consecuencias; lo cual permitirá proponer en el desarrollo del tema textos de reformas y adiciones al Código Civil vigente, toda vez que en la actualidad es necesaria una legislación al respecto y no ser omisos a tal problemática por cuestiones de carácter social, moral y religioso, ya que en los últimos años se ha convertido en uno de los temas centrales de reflexión y polémica, principalmente en el extranjero en donde algunos países ya han

tomado cartas en el asunto legislando, con el fin de crear un derecho que proteja y tutele al ser concebido por medio de la inseminación artificial.

Lo anterior permitirá llegar al estudio de las relaciones jurídicas paterno filiales, destacándose la bilateralidad y la reciprocidad de deberes, derechos y obligaciones que entre progenitores y procreadores se establecen.

CAPITULO I. GENERALIDADES SOBRE LA FILIACIÓN Y LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS EN MATRIMONIO

El presente capítulo se centra en el estudio de la filiación por naturaleza, esto es aquella que tiene como base para su existencia el hecho biológico de la procreación, de donde nace un vínculo indisoluble que es el de la sangre; dejando fuera de estudio a la llamada filiación por adopción.

La determinación legal de la filiación tiene en el ámbito jurídico importantes consecuencias, en primer lugar origina una serie de deberes, derechos y obligaciones que tiene su manifestaciones en la esfera familiar, y otra consecuencia no menos importante es que una vez establecida, la filiación constituye un verdadero estado jurídico.

La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de otras; su fuente primordial es la familia, que es la que tiene mayor relevancia y por la que particularmente toma el nombre de filiación. Tenemos como hechos jurídicos relacionados con la filiación la concepción, la gestión y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico; es decir, la filiación como esto jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción,

gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos. La concepción es la referencia que en el derecho se toma para la determinación de la maternidad y paternidad, son madre y padre quienes hubieren concebido al hijo, por lo que el derecho atribuye personalidad jurídica al concebido y no necesite del nacimiento para reconocerle personalidad. Con el nacimiento inicia el estado jurídico de la filiación, que debe cambiarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo en relación a la madre, y con la presunción de que lo es del marido o del concubinario; también se inicia la filiación con el reconocimiento y la posesión de estado de hijo.

La filiación constituye por lo tanto, un estado jurídico originado por la procreación, como un hecho del hombre que el derecho toma en cuenta, del cual se genera, entre procreantes y procreado, un complejo de relaciones jurídicas recíprocas y complementarias de deberes, derechos y obligaciones. El derecho esta presente, pues no puede haber filiación sin que la defina la ley. La procreación existe, pero las características de la filiación las define el derecho. Se limita este estado jurídico a padres e hijos, porque la relación de éstos y con el grupo familiar amplio o con la sociedad, hace referencia a las relaciones jurídicas familiares.

De lo expuesto se deriva que este estado jurídico se origina de la filiación de hijos de matrimonio, de la filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio y,

también de la filiación adoptiva, ésta última no será tratada en el presente trabajo.

Las cuestiones relacionadas con la filiación son difíciles de tratar por su carácter polémico, que en no pocas ocasiones a supuesto una violenta ruptura entre la realidad biológica y la realidad jurídica.

1.1. GENERALIDADES SOBRE FILIACION

A) CONCEPTO DE FILIACION

"Filiación del latín *filatio* onis, de *filius*, hijo. La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo, se conoce jurídicamente como filiación. Es la situación creada entre ambos progenitores y su prole"¹.

Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo.

El fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos, en cuenta su expresión en el derecho, en función de cierto valores culturales, de esencia ético social, pues a nadie puede escapar que la procreación y el instinto sexual, son el origen de la familia, base primaria de la organización de la sociedad. En efecto, la ley natural de la conservación de la especie, a la que se

¹ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. Diccionario Jurídico Mexicano. T. II. México. Porrúa, S.A.

encuentra sometido el género humano y en general el reino animal, comprende la fecundación, la concepción y el nacimiento, y ese fenómeno sirve de punto de partida por lo que al género humano concierne para constituir los conceptos jurídicos de filiación, parentesco y familia. De allí la íntima vinculación, inseparable, del hombre mismo del concepto jurídico de filiación.

El derecho no podría de manera alguna desconocer que en la base y como fundamento de la filiación, partiendo de ese hecho biológico, imprime estabilidad a la relación paterno filial, y contribuye a formar el núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o estado de familia.

El término filiación del latín: *filius*, hijo; sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que, determinadas por la paternidad vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia. La filiación se refiere a la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa un vínculo de origen, que permite señalar a los ascendientes de una persona determinada.

Dentro del derecho de familia se encuentra la filiación que tiene una relevante importancia, toda vez que de la filiación se desprende la procreación de los hijos a través de la concepción, gestación y nacimiento que son hecho que generan un vínculo biológico y un vínculo jurídico entre progenitores: padre y madre y el hijo de ambos, u que tiene relación con la paternidad y filiación.

Paternidad en sentido estricto significa calidad de padre o relación del padre con su hija o hijo, así como maternidad significa calidad de madre o relación de la madre con respecto a su hijo o hija; y en sentido amplio bajo el concepto general de paternidad comprende tanto el vínculo especial que une al padre a los hijos, como la maternidad une a la madre a sus hijos. Y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el hijo o hija con respecto a su madre o padre; lo cual nos permite decir que: "filiación es la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: padre o madre, hija o hijo"².

De allí que la procreación constituya el presupuesto biológico fundamental en la constitución de la relación jurídico paterno filial. "Filiación por lo tanto, en sentido jurídico significa la relación permanente que existe entre los padres, e hijos, que produce efectos jurídicos, consistentes en deberes, obligaciones y derechos familiares"³.

La filiación como todas las instituciones del derecho de familia, tiene también trascendencia moral y patrimonial económica para la persona y para la familia. Moral porque de la filiación puede depender el nombre de la persona,

² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. México. Porrúa, S.A. 1992. 266

³ CHAVEZ ASECIO, Manuel. La Familia en el Derecho. México. Porrúa, S.A. 1992. 2

su honor y la integración al grupo familiar. Económico porque de ella se derivan el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios entre otros.

Así tenemos que: "la filiación es el vínculo jurídico, determinado por la procreación, entre los progenitores y sus hijos"⁴. Por lo que la filiación desde el punto de vista jurídico toma en consideración el nexa biológico que existe entre el progenitor y el descendiente, más sin embargo notada filiación biológica necesariamente es jurídica, puesto que es menester que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley para que el hecho natural de filiación tenga consecuencias jurídicas. Es decir, se requiere que se trate de una filiación nacida del matrimonio, o bien, si fuera extramatrimonial que hubiere el reconocimiento por lo medio previstos en la legislación.

B) CLASES DE FILIACION

Sara Montero Duhalt manifiesta que la filiación surge de tres formas: por matrimonio, habida fuera de matrimonio, o surgida por la adopción simple; llamadas respectivamente: filiación matrimonial, filiación extramatrimonial y filiación civil o adoptiva. Cada una de ellas se constituye de diferente manera, pero una vez que surge la relación jurídica entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos. No existe

⁴ BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. Argentina. Astres. 1989. 359

desigualdad en el derecho mexicano para los hijos, ni diversas calidades entre ellos, es decir, la legislación vigente no distingue los derechos de los hijos en razón de su origen, la única distinción que existe es la forma de establecer el lazo de filiación.

La filiación matrimonial se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley. La filiación en su doble aspecto: paternidad-filiación, es un derecho que surge directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo; así tenemos que el artículo 345 del Código Civil vigente para el Distrito Federal reafirmará lo anterior al señalar que: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio".

La filiación extramatrimonial se establece en dos formas: por reconocimiento voluntario que realice el presunto padre cumpliendo los requisitos legales previstos en la ley y por la imputación de paternidad derivada de una sentencia en acción de reclamación de estado interpuesta por el hijo o su representante legal.

Ignacio Galindo Garfias habla de una filiación consanguínea que puede ser matrimonial y extramatrimonial, según que exista el vínculo del matrimonio

entre el padre y la madre de la persona de que se trata, o por el contrario, que los progenitores no se encuentren ligados entre sí, por el vínculo conyugal.

Tradicionalmente, los sistemas legislativos, han partido de la base de la existencia o no existencia del vínculo conyugal entre el padre y la madre para distinguir dos grandes especies de hijos: aquellos que nacen dentro de matrimonio y aquellos cuyos progenitores no estaban casados en la época de la concepción. Tomando en consideración estas dos situaciones, se observa que la historia del derecho ofrece en el curso de su desarrollo, diversos tratamientos legales, respecto de estas dos distintas especies de filiación que hoy aparecen claramente diferenciadas.

El Código Civil vigente, por lo que se refiere a los efectos de la filiación, no distingue entre las situaciones de los hijos nacidos dentro de matrimonio y la de los que nacen fuera de él; pues no existe diferencia alguna entre unos y otros respecto de la patria potestad, de la herencia, de la obligación alimenticia y del derecho a recibir alimentos, de los impedimentos para celebrar matrimonio, ni finalmente por lo que atañe al derecho de usar el nombre del padre; por lo que de hecho les concede idénticos derechos; más sin embargo, hay que señalar que no toma en cuenta que el núcleo fundamental de la sociedad es la familia, y que ésta tiene por base el matrimonio. A pesar de esta equiparación, el Código Civil no pudo dejar de reconocer la necesidad de

organizar, por lo que se refiere a la prueba de la filiación de los hijos fuera de matrimonio, un sistema distinto según se trate de unos y otros. Por lo que se refiere a los hijos de matrimonio el Código Civil ha creado un sistema conforme al cual, la filiación queda establecida por el hecho del parto de la esposa, de donde se deduce, sin más la paternidad del marido. En tanto que respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio, la filiación sólo queda establecida a través del reconocimiento voluntario que hace el padre o de una sentencia judicial que declare la paternidad o la maternidad. En cuanto a la madre, la maternidad queda probada por el hecho del parto (la madre esta obliga a que su nombre aparezca en el acta de nacimiento del hijo que ha dado a luz, de conformidad a lo establecido en el artículo 60 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por su parte, Rafael Rojina Villegas maneja cuatro tipos de filiación:

1. "Filiación legítima.- Es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres"⁵. En el derecho mexicano se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio de los padres y no simplemente que nazca durante el matrimonio porque pudo haber

⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. T. I. México. Porrúa, S.A. 1989. 451

sido concebido antes del mismo, naciendo cuando sus padres ya habían celebrado matrimonio.

2. "Filiación natural.- Es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio"⁶. Tomando en consideración el momento de la concepción que la ley determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.
3. "Filiación legitimada.- Es aquella que corresponde a los hijos que habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante el o éstos los reconocen antes de celebrarlo, durante el mismo, o posteriormente a su celebración"⁷. De lo expuesto, hay que observar que caben dos casos, de hijos legítimos: a) Para los hijos que nazcan dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio de sus padres, y b) para los hijos que hubieren nacido antes de dicho matrimonio.
4. "Filiación legítima por ministerio de la ley.- Comprende el caso del hijo que nació dentro de los 180 días de celebrado el matrimonio y que no fue reconocido, pero que tampoco fue impugnado ejercitando el marido

⁶ ROJINA VILLEGAS. *Ob. Cit.* 452

⁷ *Ibid.* 453

la acción contradictoria de paternidad"⁸. A este hijo se le llama legitimado por ministerio de la ley. En cambio, a los otros hijos se les llama legitimados por reconocimiento expreso, debido primero al subsecuente matrimonio de los padres, y después, a la declaración que directamente hagan reconociendo al hijo concebido o nacido antes de su matrimonio.

Manuel Peña Bernaldo de Quirós dice que por el hecho que produce la filiación ésta puede ser: filiación por naturaleza, es decir, la que se produce por el hecho de la generación, y filiación puramente legal o por ministerio de ley (sea por adopción, sea como consecuencia de la ley sobre técnicas de reproducción asistida sin haber filiación biológica). Ahora bien, la filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. La filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. El concepto comprende no sólo a los hijos engendrados dentro del matrimonio, también comprende a los nacidos antes del matrimonio de los padres, es decir, a los que antiguamente se llamaban hijos legítimos por subsiguiente matrimonio.

La filiación es, obviamente, no matrimonial en los demás casos. Dentro de esta clase, filiación no matrimonial han desaparecido las 2 antiguas subclases:

⁸ Loc. Cit.

la de los hijos naturales y la de los hijos ilegítimos no naturales (los adulterinos y los incestuosos).

Manuel F. Chávez Asencio hace referencia a la filiación biológica y a la filiación por acto jurídico. La filiación biológica reconoce una primera división, la que se origina en el matrimonio y la que origina fuera de matrimonio; hay que recordar que la legislación del país fue una de las primeras en igualar a los hijos independientemente de su origen. Tanto la filiación dentro de matrimonio como fuera de él puede ser natural o artificial. La filiación natural es la consecuencia del acto sexual realizado en forma normal entre los consortes y admite una clasificación adicional, según sea la filiación de origen, es decir, durante el matrimonio y dentro de los términos previstos por el artículo 324 del Código Civil, o bien la sobrevenida que se origina por la legitimación, pues el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos del matrimonio los hijos habidos antes de su celebración, artículo 354 del Código Civil. La filiación natural fuera de matrimonio no admite esta segunda división.

En ambos casos (en matrimonio o fuera de él) puede haber la filiación como consecuencia de la inseminación artificial. En el matrimonio se trata de inseminación con elementos de ambos consortes (homóloga); en el concubinato deberá ser también con elementos de ambos concubinos. En otras situaciones,

como en el ejemplo de la madre soltera, la inseminación será heteróloga al no haber pareja humana. Dentro del matrimonio, la filiación heteróloga genera una filiación legal, es decir, distinta a la biológica.

Dentro del segundo grupo de la división está la filiación por acto jurídico. Esta filiación se divide en adoptiva o artificial, la primera se genera por un acto jurídico y no tiene relación alguna con la biología. También está la posibilidad de la inseminación artificial, pero ésta, por estar dentro de este grupo, puede ser heteróloga, es decir, con algún elemento distinto a los consortes o a los concubinos, puesto que de acuerdo con la actual legislación alguno de los consortes o concubinos no serán el padre o la madre natural, pues por ser una inseminación heteróloga se está usando un elemento extraño a la pareja, y para lograrlo se requiere contratar los servicios técnicos de un especialista.

Finalmente; hay que hacer hincapié, que independientemente de las diversas clases de filiación que manejan los autores, no hay que olvidar que no existe desigualdad o diferentes calidades en los hijos, y que trátase de la filiación que sea las consecuencias jurídicas son las mismas.

C) CONSECUENCIAS JURIDICAS DE LA FILIACIÓN

En México, por las ideas que sustentó Venustiano Carranza como jefe del ejército constitucionalista y del movimiento revolucionario, a través de algunos jurisconsultos, se sostuvo por primera vez la idea de equipar al hijo legítimo

con el natural, para atribuirle el mismo estado jurídico; para relacionarlo por consiguiente, con toda su parentela en virtud del vínculo consanguíneo y no a través del matrimonio, y para darle un estado integrado por un conjunto de derechos, no sólo para heredar, exigir alimentos y llevar el apellido del padre o de la madre, sino también para que goce de la protección jurídica que otorga la patria potestad, limitando sólo sus consecuencias, en la misma forma en que se hace respecto de los hijos legítimos. Es decir, que dentro de una idea de justicia, el hijo no debe quedar desamparado por la forma en que fue procreado, sino que se está ante el problema humano de que hay un ser, de que debe ser protegido, de que merece toda la protección del Estado para que no se le desampare.

En virtud de lo anterior, el sistema jurídico mexicano actualmente da tanto a la filiación legítima, como a la natural, todos los efectos y consecuencias jurídicas de un verdadero estado de derechos, es decir, de esta situación permanente del hijo, no sólo en relación con el padre o con la madre, sino también con la familia paterna y materna y con el grupo social al cual pertenezca el progenitor.

En el sistema jurídico mexicano, la clasificación de hijos habidos dentro del matrimonio e hijos procreados por quienes entre sí no se encuentran unidos por el vínculo conyugal, se explica sólo para los efectos de la prueba de

filiación, en cuanto que los derechos y obligaciones de los padre respecto de sus hijos no difieren según que exista o no entre ellos el vínculo conyugal. Las consecuencias jurídicas, los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos son las mismas conforme a el derecho civil, respecto de la filiación matrimonial y extramatrimonial.

En otras palabras, la distinción entre hijos nacidos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, se refleja únicamente respecto al diverso modo de probar la filiación según que se trate de hijos de matrimonio o de hijos habidos fuera de matrimonio, y no atañe a cualesquiera otros efectos. No hay discriminación en el derecho mexicano para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos, lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación.

La filiación conlleva a una relación jurídica paterno-filial que genera una serie de consecuencias jurídicas, como lo es que sin necesidad de alguna declaración constitucional, en la legislación los hijos tienen los mismos derechos e igual dignidad independientemente de su origen. En el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se previene que es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. Es evidente que la obligación o deber primario de proteger y promover a los hijos corresponde a los padres; así se expresa en el artículo constitucional citado; éstos son los principales obligados

como procreadores y nada ni nadie puede liberarlos de su responsabilidad, más sin embargo en forma subsidiaria las instituciones públicas deben dar el apoyo necesario para la promoción y protección de los menores, y auxiliar a los padre en su deber de tales.

Por otra parte, el bien de los hijos es un principio que regula toda la filiación; por lo que la legislación previene que el *bonum filii* debe ser el principio rector de todas las instituciones como son la patria potestad, la filiación, la adopción, la tutela, etc. La protección que la ley garantiza es igual para los nacidos dentro o fuera de matrimonio y también para aquellos que no tienen relación alguna biológica, como en el caso de la adopción.

Este último en el derecho mexicano tiene efectos limitados, se trata de una institución que sólo los produce entre adoptantes y adoptados; por lo tanto, el adoptado sólo se relaciona jurídicamente con el adoptado o los adoptantes en caso de matrimonio. (Artículo 402 del Código Civil para el Distrito Federal). Es más, el artículo 403 del Código Civil expresa que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción excepto la patria potestad que se transfiere al adoptante. Es decir, subsisten las obligaciones y derechos del parentesco natural, que vincula al adoptado con su familia de origen, pero la relación jurídica en la nueva familia se limita a adoptante y adoptado.

Por otro lado, en el derecho mexicano se presenta una serie de efectos jurídicos que en relación a los hijos habidos del adulterio surge una problemática de la cual la legislación no ha podido escapar. De hecho y jurídicamente es difícil que éstos puedan convivir en la familia originada por el matrimonio; un cónyuge puede reconocer al hijo habido antes del matrimonio, sin consentimiento del otro cónyuge, pero no tendrá derecho a llevarlo a vivir a la habitación conyugal, si no es con la anuencia expresa de éste. (Artículo 372 del Código Civil). Lo mismo sucede cuando un cónyuge tenga un hijo con una persona que no sea su cónyuge durante la vida matrimonial, esta disposición legal impide al hijo vivir dentro de la familia generada por el vínculo matrimonial, la cual es explicable debido a la situación anómala, pero evidentemente hace que los efectos en relación a este hijo no sean plenos, pues aun cuando se reconoce el estado de hijo, no se le acepta dentro de la familia sin el consentimiento o anuencia expresa del otro cónyuge.

También los artículos 62 y 63, que se relacionan con los artículos 374 y 385 del Código Civil señalan la dificultad de hecho y jurídica de los hijos habidos entre adúlteros. El nombre del padre, casado o soltero, puede asentarse en el acta de nacimiento, no así el nombre de la madre cuando sea casada y viva con el marido; adicionalmente, está vedada en este caso la investigación de la maternidad. Si nace de una mujer casada que viva con su marido, por

ningún motivo podrá asentarse otro nombre de varón que no sea el del marido. En ambos casos, podrá asentarse el nombre de la madre casada o del varón que no sea el cónyuge, sólo cuando el marido desconozca al hijo y exista sentencia ejecutoria.

A pesar de la problemática mencionada con antelación, los efectos en relación a los hijos son los mismos independientemente de que sean hijos de matrimonio o fuera de matrimonio. Sin embargo, aquellos hijos extramatrimoniales que no hubieren sido reconocidos por sus padres o que de ellos no hubieren logrado una sentencia que reconozca la filiación, no podrá quedar comprendidos dentro de los efectos que sólo se pueden generar de la relación jurídica derivada de la existencia de la relación biológica. Por lo tanto, los efectos van referidos a los hijos habidos de matrimonio, y aquellos hijos que estuvieren dentro de la relación paterno-filial por reconocimiento de los padres, o por sentencia en la investigación de la paternidad o maternidad.

1.2. LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

A) CONCEPTO DE FILIACION MATRIMONIAL

Se entiende por filiación matrimonial la que tiene su origen en la generación dentro del matrimonio, y para acreditar de una manera inequívoca la filiación matrimonial, es preciso, que el hijo pruebe: 1) el matrimonio de los padres, 2) Su concepción durante el matrimonio, 3) su filiación materna y

paterna o sea, el hecho de haber nacido de la mujer que pretendiera y del marido de ésta. Pero únicamente, se puede demostrar de forma plena y directa el matrimonio y la filiación materna, por lo que la legislación establece una doble presunción: en orden al tiempo de la concepción, la presunción de que son hijos legítimos los nacidos dentro de cierto plazo, que fijan teniendo en cuenta la duración normal del embarazo; y en orden a la paternidad, la presunción de que el marido de la madre es padre de los hijos concebidos durante el matrimonio (*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*).

La filiación matrimonial llamada también filiación legítima, supone que el padre y la madre son casados y que el hijo fue concebido durante el matrimonio, ya que el momento de la concepción es el decisivo para determinar la filiación; puede sin embargo, haber sido concebido antes del matrimonio siempre que nazca durante el matrimonio; por lo que el concepto comprende no sólo a los hijos engendrados dentro del matrimonio, ni sólo a los nacidos dentro del matrimonio, también comprende a los nacidos antes del matrimonio de los padres.

Así se tiene, que la filiación legítima es la relación que existe desde el punto de vista de los hijos respecto a los padres y que se puede comprobar mediante el acta de matrimonio de sus padres y el acta de nacimiento del hijo. En consecuencia, los hijos nacidos de matrimonio celebrado ante el juez y

oficial del registro civil reciben el nombre de hijos legítimos es decir, el hijo legítimo es aquel que ha nacido como consecuencia de las relaciones de dos personas unidas por un matrimonio civil, de manera que para establecer la filiación será necesario demostrar que ha nacido de la unión de dos personas y que éstas se encuentran unidas por un matrimonio.

Este tipo de filiación, por lo tanto, tiene su origen en el matrimonio, es decir, la que corresponde a los hijos de personas unidas entre sí por el vínculo matrimonial, es un lazo jurídico que une al niño con su padre y con su madre estando éstos casados. Por lo que el padre y la madre han formado una familia que esta apoyada en el matrimonio en donde el hijo es concebido durante esa unión, o el hijo fue concebido durante el matrimonio en caso de que haya habido posteriormente divorcio de los padres o nulidad del matrimonio.

B) CONSTITUCION DE LA FILIACION MATRIMONIAL

El ámbito natural y propicio donde la personalidad encuentra posibilidades ciertas de desarrollo pleno es la familia, la cual es una institución en virtud de que es un grupo compuesto por personas que sólo reconocen entre sí un vínculo de parentesco lo que da origen a la familia institucional cuyo fin es encontrar su más cabal realización cuando de lugar al sustento de una nueva familia, a través del matrimonio y el advenimiento de los hijos.

En principio, debe considerarse hijos nacidos de matrimonio, aquellos cuyos padre y madre estaban casados en el momento de la concepción. Por lo tanto, la regla es que la clasificación de los hijos, como hijos de matrimonio depende de que, por la fecha del nacimiento del hijo de que se trate, se presume que fue concebido después del matrimonio de sus padres. En virtud de esta presunción, el hijo de matrimonio no tiene que probar quién es su padre, porque el Código Civil presume que el embarazo de la madre es obra del marido, con quien ella cohabitaba en la época de la concepción.

Durante la vida matrimonial la mujer cohabita en forma exclusiva con su marido, por lo que sólo dicha unión puede ser la causa de la procreación, es por ello que la presunción de la paternidad deriva de la fecha de matrimonio y de parto, así como de que el marido ha cohabitado con su esposa durante la época de la concepción y de que la mujer no ha tenido relaciones sexuales con otro hombre durante dicho período.

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

El matrimonio trae como consecuencia directa la certeza de la filiación a favor tanto del hijo como del propio padre; en razón del estado de casados los cónyuges tienen derechos y deberes recíprocos, entre ellos la fidelidad,

entendida por tal, la exclusividad de la relación sexual. Marido y mujer tienen entre sí, legalmente el débito carnal, sólo el uno con el otro. En base a ello, la ley otorga crédito a la mujer casada respecto a la paternidad de su hijo, por lo que el marido de la mujer es el padre de los hijos que la misma dé a luz durante el matrimonio.

La filiación de hijos de matrimonio se funda en la existencia del matrimonio de los padres, y se hace referencia, a la concepción y al nacimiento para atribuir a los cónyuges no únicamente a los hijos habidos durante la vida del matrimonio, sino los que se hayan concebido antes de la celebración del mismo, o que nazcan después de haberse disuelto por muerte, nulidad o divorcio.

Como consecuencia de lo anterior hay que señalar la figura jurídica de la legitimación que es una institución civil que regula el cambio de situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en virtud de la celebración posterior de éste por quienes los engendraron.

Por lo tanto, el concepto de filiación matrimonial comprende no sólo a los hijos engendrados dentro del matrimonio, ni sólo a los nacidos dentro del matrimonio, también comprende a los nacidos antes de matrimonio de los padres por lo que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga por nacidos de matrimonio a los hijos antes de su celebración, de acuerdo con

el artículo 354 del Código Civil para el Distrito Federal. Sin embargo, hay que agregar que para que el hijo goce del derecho de ser tenido como de matrimonio, los padres deben reconocerlo expresamente antes de la celebración del matrimonio, en el acto mismo de celebrarlo o durante él, haciéndose en todo caso el reconocimiento por ambos padres, junta o separadamente, artículo 355 del Código Civil referido.

En la familia organizada de acuerdo con el modelo legal del matrimonio, la filiación paterna parte de 2 hechos de simple constatación: el parto de la madre, y el matrimonio, para arribar a un hecho desconocido: la paternidad del marido. La primera premisa del silogismo está constituida por el hecho cierto de la fecha de matrimonio; la segunda, se configura por el momento del nacimiento del niño del cual se deduce, de acuerdo con los plazos mínimo y máximo de duración del embarazo, que la concepción ha tenido lugar durante el connubio.

El presupuesto, entonces, de la presunción de la paternidad del marido, es la cohabitación entre los esposos y el resto de la mujer al deber de fidelidad.

La presunción de la paternidad del marido de la madre obra sólo en un determinado contexto socio-cultural; funciona dentro de la familia organizada de acuerdo con el actual modelo legal, y constituye un efecto normal del matrimonio monogámico.

Por lo tanto, la filiación matrimonial o legítima es la derivada del matrimonio. En esta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, que se resume en los siguientes términos: es el padre el que el matrimonio indica, o sea el marido de la madre en el momento del nacimiento. Tal presunción se fundamenta en 2 supuestos:

La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otros hombres; sólo con su marido.

Y la aptitud del esposo para engendrar. De aquí que en la filiación legítima se suponga que el hijo nacido de una pareja unida en matrimonio y cuya concepción tuvo lugar mientras existió el estado matrimonial, como resultado de las relaciones sexuales entre los cónyuges, sea el hijo de ambos.

C) PLAZOS LEGALES PARA ESTABLECER LA CERTEZA DE PATERNIDAD DERIVADA DEL MATRIMONIO

Los plazos legales se fijan en razón de los datos que proporciona la naturaleza, toda vez que un ser humano tarda en su gestación normal 270 días, en la mayor parte de los casos, plazo que puede acortarse o alargarse por variado número de circunstancias, todas ellas consideradas biológicamente normales. Sin embargo, el tiempo mínimo de gestación para que el producto

nazca vivo y viable, no puede bajar de los 180 días, ni puede permanecer dentro del seno materno más allá de los 300 días. Si llegado a ese límite máximo de embarazo no nace la criatura, habrá que intervenir médicamente a la madre extrayendo al producto para que tenga posibilidades de sobrevivir. En ese sentido, 180 y 300 días son los límites mínimo y máximo para que el feto pueda nacer vivo y viable. Cuando el niño nace con apenas 180 días de gestación, tendrá muy escasas posibilidades de sobrevivir, pero quizá alcance una vida precaria. Un producto que permanece en el vientre materno más de 300 días, ya no tiene posibilidades de surgir a la vida.

Como a partir de la celebración del matrimonio y durante toda la duración del mismo los cónyuges deben tener exclusividad sexual recíproca, el hijo que dé a luz la mujer casada dentro de los plazos mencionados, trae consigo certeza de paternidad: su padre es el marido de su madre.

Basándose en el principio rector conforme al cual se presume que el marido de la mujer casada es el padre de la persona que ésta ha dado a luz, se puede decir que este principio se aplica tomando como base la probable época de la concepción, según la fecha de nacimiento del hijo. Y así considerando que el período de gestación queda comprendido entre un mínimo de 180 días y un máximo de 300 días, si el hijo nace después de los 180 días siguientes a la fecha de celebración del matrimonio (momento en que se supone tuvo lugar la

concepción), se presume, salvo prueba en contrario, que el hijo que la mujer ha dado a luz es del marido. De la misma manera, se presume que es del marido el hijo que la mujer da a luz dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, por muerte del marido o desde la separación provisional de los consortes, en caso de nulidad de matrimonio o divorcio.

Es menester transcribir el artículo 324 del código Civil, porque se presentan algunas situaciones que es necesario aclarar. El artículo citado establece que: "se presumen hijos de los cónyuges":

"I. Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio";

"II. Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio".

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

Cabe observar que en la fracción II se señalan 2 sucesos, a partir de los cuales debe computarse el término de 300 días, para saber si los nacidos son o no hijos de matrimonio.

El primer suceso consiste en la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Y el segundo

suceso es la orden judicial para la separación de los cónyuges. Obviamente ambos sucesos no van a coincidir nunca, pues la separación de los cónyuges por orden judicial es previa a la disolución del matrimonio.

Esta situación se hace más confusa cuando se analizan los artículos 327 y 329 del Código Civil; en uno se hace referencia a la separación, como momento para iniciar el computo, el otro se refiere a la disolución. El primero permite al marido, sin mayores requisitos, desconocer al hijo nacido después de 300 días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional ordenada por el juez, lo que parece señalar que la presunción a la que se ha referido queda limitada a los primeros 300 días contados desde la separación de los cónyuges por orden judicial.

Pero lo que en realidad hace que un hijo sea considerado de matrimonio es la subsistencia del mismo, para evitar la contradicción de los momentos o sucesos, se abre la posibilidad de que en el tiempo transcurrido entre la separación conyugal y la sentencia firme que disuelve el matrimonio existan relaciones sexuales entre los consortes en litigio, por lo cual, aun cuando el hijo nazca antes de la disolución del matrimonio, pero después de 300 días de la separación, se le pueda negar ser hijo de matrimonio, no obstante que se contraiga la primera parte de la fracción II del artículo 324 del Código Civil que parte de la disolución para poder excluir a los hijos de la legitimidad que

les da el matrimonio por lo tanto, o queda desvirtuada la primera parte de esa fracción II y no es cierto que la presunción se refiera siempre a los hijos habidos de matrimonio para casos de divorcio, o la segunda parte no debió haber incorporado en esa fracción, pues debilita sensiblemente la presunción que parte de la existencia del matrimonio al no haber sido disuelto éste.

El artículo 329 del Código Civil señala que las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación.

Situación similar se encuentra en la primera fracción del artículo 324 del Código Civil, si se relaciona con el artículo 328 del Código mencionado, porque evidentemente sólo los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio. Se consideran hijos de matrimonio, pero éste último artículo permite al marido desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. Si el marido no puede desconocer que es padre del hijo nacido dentro de ese término cuando se presenten algunas de las situaciones que el mismo artículo previene, interpretado a *contrario sensu* quiere decir que si ninguna de esas situaciones se da, el marido sí puede desconocerlo; con lo cual la presunción se debilita, pues aparece como posible que también se considere hijo de matrimonio a los

nacidos dentro del plazo de 180 días a partir de la celebración del mismo, si no son desconocidos por el marido.

Esta presunción se desprende del presupuesto que las relaciones sexuales son habituales dentro del matrimonio. Del hecho conocido, como son las relaciones sexuales entre cónyuges, se deriva un hecho desconocido que es el relativo a quién engendró el hijo en la mujer que lo dio a luz y la presunción en derecho, en este caso, señala al marido. Además la presunción se basa en la fidelidad y moralidad que debe haber en las relaciones conyugales, que dan firmeza al matrimonio y estabilidad a la familia.

Dentro del título de la paternidad y la filiación no hay referencia al cómputo de los términos, porque hay que remitirse a la prescripción en donde se determina la manera de contar el tiempo.

El Código Civil excluye el cómputo de plazos por momentos y así el artículo 1176 dice que: "El tiempo para la prescripción (en este caso presunción) se cuenta por años y no de momento a momento, excepto en los casos que así lo determine la ley expresamente".

Como se trata de un cómputo que hace referencia a días, éstos se entenderán de 24 horas naturales, contadas de las 24 a las 24, y se debe tomar en cuenta que el día en que comienza el cómputo se cuenta siempre entero,

aunque no lo sea; pero aquel en que el cómputo termina debe ser completo (artículos 1178 y 1179 del Código Civil).

Como se trata de un hecho natural, el cómputo se hará de días de calendario.

Durante el matrimonio, son hijos de los cónyuges los concebidos y nacidos durante el matrimonio, hay que señalar que también lo son los hijos habidos de matrimonio nulo independientemente de la buena o mala fe de los contrayentes (artículo 344 del Código Civil).

Analizando más a fondo los plazos de 180 días y 300 días que se han venido manejando en el presente trabajo, hay que destacar que se pueden suscitar diversos supuestos; toda vez que si se consideran hijos de los cónyuges, los nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio (artículo 324 fracción I Código Civil), se puede presentar la posibilidad de que se dé la concepción fuera de matrimonio, pero como de acuerdo a la medicina el término de 180 días es el mínimo de la gestación, se aplica ese plazo en beneficio del hijo y de la estabilidad conyugal.

Ahora bien, dentro de los 300 días siguientes a la disolución se encuentra previsto dentro del segundo supuesto de la presunción del artículo 324 del Código referido; en que este caso, la concepción se produjo durante el matrimonio, pero el nacimiento acaece dentro de los 300 días siguientes a la

disolución ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio.

Dentro de los 180 días siguientes a la celebración se da un supuesto, que evidentemente, se refiere a un concebido antes del matrimonio pero nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, pero la ley permite que se le acepte como hijo de la pareja conyugal, siempre que concurra alguna de las circunstancias que señala el artículo 328 del Código Civil, que impiden al marido desconocer al hijo, y que son:

- Tener conocimiento el marido antes de casarse del embarazo de su mujer. Se supone que al saber del embarazo y acepta casarse es porque implícitamente admite que él es autor de aquél.
- Se exige que este conocimiento se pruebe.
- Que el marido concurra al levantamiento de la acta de nacimiento y que ésta sea firmada por él, o contenga su declaración de no saber firmar.
- El reconocimiento expreso por medio de alguno de los modos previstos en la ley.
- Tampoco podrá desconocer al hijo que no nació capaz de vivir. Por último, al no haber desconocido al hijo dentro de los 60 días previstos en el artículo 330 del Código Civil.

Después de los 300 días siguientes a la separación. El artículo 327 del Código citado señala que el marido podrá desconocer a los hijos nacidos después de 300 días, contados desde que oficialmente tuvo lugar la separación provisional prescrita para los casos de divorcio y nulidad. Se hace referencia sólo al divorcio y nulidad y no al caso de defunción, porque obviamente sólo en esos casos puede haber la posibilidad de que después de la separación provisional haya relaciones sexuales entre los que todavía son consortes. La mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener que el marido es el padre, lo cual se tendrá que probar por quien firma con alguna de las pruebas admitidas en derecho y, si se prueba la paternidad, la legitimación se da.

Pueden suscitarse otros casos en los que surjan controversias, porque la viuda, divorciada o aquella cuyo matrimonio fue declarado nulo, contraiga nuevas nupcias dentro del período prohibido por el artículo 158 del código aludido, en cuyo caso habrá que determinar la filiación del hijo en relación al primero o al segundo matrimonio. Para tales casos, el artículo 334 del código mencionado establece las reglas siguientes:

"I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los 300 días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de 180 días de la celebración del segundo";

"II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de 180 días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primer matrimonio".

El artículo citado agrega además, que se trata de presunciones y que quien las negare debe probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye.

De acuerdo con lo expuesto, como hijos de los cónyuges pueden considerarse los siguientes:

- Los matrimoniales aquéllos habidos durante el mismo y concebidos en él;
- También los concebidos durante el matrimonio y nacidos dentro de los 300 días de la disolución del mismo,
- Los nacidos después de 180 días de la celebración del matrimonio,
- Los nacidos después de 300 días contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional, si el padre no los ha desconocido, y aun desconociéndolos, si la mujer, el hijo o el tutor de éste probaron que el marido es el padre,
- Cuando el hijo nazca dentro de los 180 días a la celebración del matrimonio, si está dentro de algunos de los 4 supuestos que menciona el artículo 328 del Código mencionado.

La presunción de hijo de matrimonio, en favor de aquel, nacido después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio y de los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la fecha de la disolución del matrimonio o de la separación de los cónyuges por orden judicial; es de tal fuerza dicha presunción, que el marido no podrá desconocer a los hijos concebidos por su mujer ni aún alegando adulterio de la madre, sino en el caso en que pruebe haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 días que han precedido al matrimonio (artículos 325 y 326 del Código Civil).

El artículo 345 del Código Civil establece que: "No basta el dicho de la mujer para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio". Por lo que el marido tendrá que probar que durante los 120 primeros días, de los 300 días que precedieron al parto le ha sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, artículo 325 del código citado; en virtud de lo anterior, sólo en 2 casos el marido podrá rendir esta prueba, a saber: cuando se trate de impotencia para la cópula debida a mutilación o deformación de los órganos sexuales y también cuando se encuentre alejado físicamente de su mujer, excepto que haya prueba de que los cónyuges se

reunieron alguna vez, dentro del período de 120 días a que se refiere el precepto legal que se comenta.

De todo lo expuesto con antelación, hay que señalar que bastará el nacimiento fuera de los márgenes establecidos para que se considere que el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio, sin admitirse la acreditación de que la duración de la preñez en el caso concreto ha diferido del mínimo o máximo considerados por la ley.

De acuerdo con el lapso mínimo y máximo que la norma enuncia, la época legal de concepción queda determinada pues, en los primeros 120 días de los 300 días que preceden al parto, espacio de tiempo comprendido entre ambas duraciones límites, y en este período en forma global que se toma como base para establecer el carácter matrimonial del hijo, sin que interese cual ha sido el momento exacto de la concepción.

La ley contempla una etapa de concepción y no juzga el momento preciso en que se produce la fecundación; basta pues, la cohabitación de la mujer con el marido en cualquier instante de dicho período para que funcione la presunción de paternidad de aquél.

La determinación de una época de concepción fue el recurso utilizado en el campo normativo ante la imposibilidad científica de establecer el momento preciso de la concepción. Pero no ha sido sólo esta circunstancia de orden

natural la que determinó el sistema, aun cuando en la actualidad puede fijarse con cierta aproximación la fecha de la fecundación, se mantiene el mismo criterio en interés del niño. Se trata de favorecer la legitimidad del nacido, al asignarle la ley la facultad de elegir el momento de la concepción dentro del término legal.

La presunción de concepción es verdadera en cuanto afirma relativamente una determinada frecuencia fáctica; el plazo mínimo y máximo de duración del embarazo es de 180 y 300 días, respectivamente, pero se convierte en falsa, si pretende ser absoluta ante la demostración de embarazos más prolongados a la viabilidad de un niño con una gestación menor de 180 días. Si la presunción, sólo encierra una conclusión probable pero no absolutamente cierta, debe admitirse la prueba en contrario en el caso concreto. Al ser únicamente probable, pero no absolutamente cierto que un niño nace sólo después de 180 días desde la concepción y antes de los 300 días, cabe permitir la demostración de la posibilidad no considerada. Si la hipótesis recogida en la presunción, pese a su gran probabilidad estadística, ha sido en ciertos casos particulares es, en definitiva sólo una hipótesis probabilística.

D) PRUEBAS DE FILIACION MATRIMONIAL

La prueba de la filiación es de gran importancia para la vida civil de una persona, pues determina 2 cuestiones fundamentales: la identificación del

sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de su parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, trae consigo.

De ahí parte la necesidad y la importancia de la institución del Registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas.

"La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres" (Artículo 340 del Código Civil).

Para dejar definida y establecida la filiación legítima materna, esto es, para probar que determinado hijo nació de tal mujer casada, hay que establecer 3 hechos distintos: a) El matrimonio de la susodicha mujer; b) El parto o alumbramiento en fecha determinada de quien pretende ser madre; c) La identidad del hijo cuya filiación es cuestionada con el hijo cuyo nacimiento ya quedó demostrado.

Se ha mencionado que la filiación en relación a la madre es de fácil prueba directa, pues se trata de un hecho biológico comprobable. El parto se puede comprobar y también la identidad del presunto hijo. En cambio, en relación al padre sólo mediante la presunción que la ley establece como *iuris tantum* es como se puede acreditar la filiación de los hijos de matrimonio.

Los artículos 340 y 341 del Código Civil señalan las pruebas de la filiación de los hijos nacidos de matrimonio las cuales son: la partida de nacimiento de los hijos y el acta de matrimonio de sus padres; a falta de actas: "la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio". En defecto de esta posesión: "son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

De lo anterior se deduce que hay 2 clases de pruebas para acreditar la filiación. Unas son extrajudiciales, como son las actas de registro civil y la posesión de estado, y las segunda son las judiciales por medio de las pruebas que se aporten ante el juez.

La inscripción del nacimiento es evidentemente una prueba del parto y de la identidad del hijo, pero las copias, o testimonios, que de ellas se emitan no necesariamente constituye una prueba de la identidad de un hijo determinado.

Nada demuestra que la persona que presenta un acta de nacimiento es aquella cuyo nacimiento ha sido registrado por esa acta; resulta fácil procurarse la partida de nacimiento de otro. Sin embargo, en la práctica usual ante autoridades administrativas y judiciales resulta suficiente la exhibición del acta de nacimiento para probar, en relación a la madre, el parto y la identidad del

sujeto que la presenta y, consecuentemente, la paternidad del cónyuge fundada en la presunción.

El artículo 54 del código citado establece que: "Las declaraciones de nacimiento se harán presentando al niño ante el Juez del Registro Civil en su oficina o en el lugar donde aquél hubiere nacido".

En relación a la forma de levantar el acta, el artículo 58 del Código Civil señala varios requisitos que son: en primer término previene que ésta se levantará con asistencia de 2 testigos; éstos darán testimonio de que el parto tuvo lugar aun cuando el derecho no requiere que hubieren presenciado el mismo, es decir, que hubieren estado presentes durante el alumbramiento, basta que los testigos hagan constar los hechos que normalmente les conste de buena fe, como son el que hubo parto y que de él nació el hijo que se presenta. Se hará constar también el día, la hora y el lugar del nacimiento, así como el sexo del presentado y el nombre y apellidos que le correspondan para la identificación al menor, y al exigir que se haga impresión digital del presentado, se completa la segunda parte de la filiación materna que corresponde a la identificación del nacido del parto.

Como se trata de los hijos nacidos del matrimonio, se asentarán los nombre, domicilios y nacionalidad de los padres, así como los nombres y

apellidos de los abuelos y los de las personas que hayan hecho la presentación (artículo 59 del Código Civil).

Las actas del Registro Civil son la prueba de 2 hechos: el matrimonio de los padres y que una persona es hijo de ambos cónyuges. Por lo tanto, si una persona pretende que es hijo de matrimonio, su filiación, sólo quedará establecida legalmente por medio de dichas actas, siempre que se compruebe, que los datos contienen estos documentos, se refieren precisamente a la persona cuya filiación se trata de establecer.

Siendo la prueba perfecta la que requiere el artículo 340 del Código Civil, consistente en la presentación de las actas de nacimiento y matrimonio, y siendo en principio la única manera de acreditar el estado civil de las personas, según dispone el artículo 39 del Código referido, puede ocurrir que falte el acta de nacimiento, porque no se haya hecho el registro del hijo o porque habiéndose registrado; el libro correspondiente esté mutilado, el acta se encuentre ilegible, o se pueda redargüir de falsa en ocasiones. Todo esto está previsto por la ley, tanto de manera general en el artículo 40 como, de manera especial para la falta de acta de nacimiento, en el artículo 341.

El 40 dice así: "Cuando no hayan existido registros, se hayan perdido, estuvieren ilegibles o faltaren las formas en que se pueda suponer que se encontraba el acta, se podrá recibir prueba del acto por instrumento o testigos".

Como se llevan los libros del Registro Civil por duplicado, es evidente que si existen los otros libros, de ahí deberá tomarse el acta, sin admitir ningún otro medio de prueba, porque la filiación y en general el estado civil, en principio sólo se prueban con las actas correspondientes.

El artículo 341 soluciona las situaciones en las que faltan las actas o estas fueran defectuosas, incompletas o falsas. Pueden presentarse 4 diferentes situaciones, que son:

Que no se pueda acreditar la existencia de matrimonio con el acta correspondiente. En este caso, no obstante que en la acta de nacimiento aparezcan los nombres de los padres, no se podrá acreditar, con ese sólo documento, la filiación de los hijos de matrimonio. Se puede acudir, con carácter subsidiario, a lo dispuesto por el artículo 342, pero sólo cuando el hijo nazca de 2 personas que hayan vivido públicamente como marido y mujer, que ambos hayan fallecido o por ausencia o enfermedad les fuera imposible manifestar el lugar en que se casaron. No presentándose ninguno de estos eventos, será posible acudir a pruebas distintas a las constancias que expida el Registro Civil conforme a lo señalado en el artículo 40 y en general, en todo su puesto con base en el artículo 341 del Código Civil.

Como segunda posibilidad está la carencia del acta de nacimiento, existiendo la de matrimonio de los supuestos padres. Como tercera situación se

da el caso de falta de las 2 actas. Por último, se puede presentar la eventualidad que sean (las 2 o una) falsas, defectuosas o incompletas.

En caso de faltar el acta de matrimonio, deberá estarse a lo referido anteriormente. En caso de faltar el acta de nacimiento, es posible acreditar la relación paterno-filial en los términos del artículo 341 del Código Civil y acudir, en primer término, a la posesión de estado de hijo de matrimonio, y su ésta no se pudiera acreditar, el mismo artículo permite utilizar cualquier medio de prueba, pero habrá que tener presente que la testimonial sólo es admisible si hay un principio de prueba por escrito, o indicios de presunción resultantes de hechos ciertos que se consideran bastantes graves para determinar su admisión.

Hay que señalar que no es lo mismo un acta defectuosa que la incompleta o falsa. Lo defectuoso significa que hay una imperfección, aún cuando también puede significar falta de algo. Sin embargo, como el artículo 341 trata de situaciones defectuosas e incompletas, lo defectuoso debe referirse sólo a las actas completas pero imperfectas. Esto puede ocurrir porque existan errores mecanográficos, ortográficos o de otra índole que no afecten los datos esenciales.

Cuando se haya variado un nombre y otra circunstancia que sea esencial o accidental (artículo 135 fracción II del Código Civil), necesariamente deberá acudirse a un juicio de rectificación de acta, que se seguirá en la forma

establecida en el Código de Procedimientos Civiles (artículo 137 del Código Civil).

Distinto es el caso de la acta incompleta, lo faltante puede ser elementos esenciales o bien accidentales. Tanto los datos esenciales, como los accidentales, están previstos en los artículos 58, 59 y 60 del Código Civil. Son esenciales: el día, hora y lugar de nacimiento, sexo del presentado, nombre y apellidos que le corresponden, la razón de si ha sido presentado vivo o muerto, la impresión digital del presentado, adicionalmente está la referencia a los nombres y apellidos de los padres, o del que lo reconozca y su nacionalidad y el nombre de los testigos y debe contener la firma de los que intervienen. Como accidentales está : el domicilio de los padres y testigos y algunos otros datos que aparecen en las formas del Registro Civil que no afecten la filiación. Tratándose de acta incompleta por faltarle elementos esenciales sólo podrá completarse mediante un proceso judicial en los términos del artículo 24 del Código de Procesal (Artículo 134 y 137 del Código Civil).

En los supuestos de actas incompletas, falsa o nula, será necesario acudir a la prueba de posesión de estado o cualquier otra, con la salvedad para la testimonial, pues tratándose de la incompleta por esa carencia no es suficiente para acreditar la filiación matrimonial y habrá que adicionarse con la prueba necesaria. En el supuesto de acta falsa y nula, en primer término habrá que de

redargüirse la falsedad o demandarse la nulidad, y aprobar la verdadera filiación mediante cualquiera de los elementos de prueba previstos en el artículo 341 del Código Civil, lo cual puede comprenderse dentro del mismo proceso.

Cuando no existan actas, o éstas son defectuosas, incompletas o falsas, la filiación se probará con la posesión constante de estado de hijo de matrimonio. La posesión de estado: "es el título de legitimación que consiste en el goce de hecho, de modo público, permanente e inequívoco, del estado de hijo en las relaciones familiares y sociales. Este título de legitimación surge de una situación de hecho, y que carece, por lo mismo, de carácter definitivo (sólo tiene valor de título de legitimación en tanto dure tal situación de hecho)"⁹.

La posesión de estado de hijo se aplica tanto a los hijos habidos de matrimonio como los habidos fuera de matrimonio. Los elementos que constituyen la posesión son diversos. Hay mayor exigencia para la comprobación de los hijos habidos de matrimonio, en cuyo caso habrá que probar que son hijos de ambos consortes. En cambio, en relación a la filiación extramatrimonial, la prueba se refiere principalmente al padre.

⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel. Derecho de Familia. España. Universidad de Madrid. 1989. 416

Para esta filiación se trata de probar la posesión de estado de hijo de matrimonio. No basta probar la posesión de estado de hijo; hay que probar la existencia del matrimonio de los progenitores.

La prueba primordial o principal con la que se acredita la filiación de los hijos nacidos en el matrimonio son las actas del estado civil (nacimiento y matrimonio). Sólo en caso de falta de ellas puede recurrirse, subsidiariamente, a la prueba de la posesión constante del estado de hijo nacido de matrimonio, que es un estado de hecho, una relación humana que se establece en forma natural y que viene a acreditar la relación que hay entre 2 personas, de las cuales una descende de la otra y por aceptarse en el derecho viene a acreditar en esa forma la relación jurídica entre ambos.

Esta prueba de la posesión de estado de hijo legítimo es plena, siempre y cuando no exista acta de nacimiento que la contradiga. Es decir, la posesión jamás podrá operar en contra de un acta de nacimiento que acredite lo contrario. En este caso, primero habrá que redargüir de falsa el acta, toda vez que la misma, por disposición legal, hace prueba plena (Artículo 50 del Código Civil).

La posesión de estado de hijo por sí misma prueba sin necesidad de declaración judicial, basta que se acredite por los medios de prueba autorizados por la ley. Sin embargo, en determinadas circunstancias habrá necesidad de

obtener sentencia declarativa de autoridad judicial, mediante el ejercicio de la acción, que es la de reclamación de estado de hijo legítimo. Una vez obtenida la sentencia judicial, ésta tendrá el efecto del acta de nacimiento y hará prueba plena. De la sentencia deberá enviarse copia al Registro Civil para los efectos legales consiguientes, aun cuando esto no aparece dentro de las disposiciones del Código Civil relativas a las pruebas de la filiación o a los actos del Registro Civil, pero, a semejanza de las actas de reconocimiento, si del establecimiento del estado de la familia se deriva de un procedimiento judicial deberá enviarse copia de la sentencia al juez del Registro Civil para su inscripción correspondiente.

La posesión de hijo nacido de matrimonio produce efectos jurídicos, por la posesión se acredita que una determinada persona es hijo de unos determinados cónyuges. Independientemente de que haya sentencia judicial que la reconociera, la sola posesión que tienen los elementos exigidos por la ley se protege por el derecho.

El artículo 353 del Código Civil previene que: "Si el que está en posesión de los derechos de padre o de hijo fuere despojado de ellos o perturbados en su ejercicio, sin que preceda sentencia por la cual deba perderlos, podrá usar de las acciones que establecen las leyes para que se le ampare o restituya en la posesión". De lo anterior se desprende que, la posesión que se ostenta,

reconocida o no judicialmente, sólo puede perderse por sentencia ejecutoriada "la cual admitirá los recursos que den las leyes, en los juicios de mayor interés" (Artículo 352 del Código Civil).

La posesión de estado requiere de presupuestos, por lo que es necesario que no exista el acta de matrimonio o no exista el acta de nacimiento. En virtud de lo dicho con antelación, se debe estudiar cada una de las distintas situaciones que pueden presentarse.

Partiendo del hecho que es indispensable el acta de matrimonio, pues se trata de hijos habidos de matrimonio, al no haberla no se da el supuesto necesario y no podrá acreditarse la filiación matrimonial, salvo las excepciones previstas en el artículo 342 del Código Civil. Este artículo establece una manera excepcional de probar la posesión del estado de cónyuge, pero sólo para los efectos de relevar la prueba ante la carencia del acta de matrimonio, pero esto no quiere decir que el matrimonio puede contarse por el transcurso del tiempo o que se tenga por casados ante la ley a los que han vivido públicamente como marido y mujer. Es decir, no se trata de un matrimonio de hecho, pues no admite esta posibilidad el artículo comentado, simplemente se trata de un medio de prueba.

Continuando el análisis de esta primera situación, puede acontecer que tampoco exista el acta de nacimiento, en cuyo caso el mismo artículo previene

que se debe probar la posesión de estado de hijo de aquellos que vivieron en forma pública como marido y mujer. Como segunda situación, se señala aquella en la que existe el acta de matrimonio que comprueba solamente que los pretendido padres son cónyuges, pero al faltar el acta de nacimiento debe recurrirse a la prueba de posesión constante de estado de hijo de matrimonio, que consiste en que el individuo sea reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

Por lo tanto, la posesión debe ser constante, cierta y establecida, y reunir los elementos constitutivos que se consideran indispensables o esenciales por la ley.

Son 4 los elementos que configuran la posesión de estado: el nombre, el trato, la fama y una diferencia de 17 años entre el presunto padre y el hijo.

- 1) Nombre. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste.
- 2) Trato. Que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.
- 3) Fama. Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad.

4) Diferencia de edad. Que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio (16 años) más la edad del hijo contada desde su concepción, o sea, 17 años de diferencia entre padre e hijo.

Ahora bien, en el artículo 343 en su primera parte se requiere siempre como elemento de la posesión de estado, la fama, que está enunciada en los siguientes términos : "Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad..." Esto es, gozar públicamente del carácter de hijo, especialmente en la familia del marido que es seguramente la que juzgará más estrictamente el caso, porque en sociedad puede haber un error, puede simplemente apreciarse por las apariencias; pero en cambio, ya la familia del presunto marido a quien se va a atribuir la paternidad, si le da al hijo el trato de legítimo, será porque tiene datos y elementos para juzgarlo así.

Cumplido con este requisito de tener la fama de hijo legítimo, el artículo 343 agrega que además debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

"I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, con anuencia de éste";

"II. Que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su patrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento";

"III. Que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361".

Este último precepto establece que "Puede reconocer a sus hijos, los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

En virtud de lo expuesto anteriormente hay que destacar que el artículo 343 que se comenta expresa que podrá quedar probada la posesión de estado de hijo de matrimonio, si un individuo es reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del esposo y por la sociedad (fama) pero, agrega que quedará probada esa posesión si además se presenta alguna de las circunstancias siguientes las cuales corresponden al nombre, trato y edad. En virtud de ello hay que señalar que la ley no exige la presencia y comprobación de tres de los elementos referidos (nombre, trato y edad), es decir no se requiere que todas las circunstancias que se enumeran concurran como necesarias, sino solamente que concorra alguna de ellas.

Por lo tanto, la posesión de estado se justifica con la fama, más el nombre; o bien, que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento. O sea, fama más trato. Pero viene la tercera condición, que es en la que se comete un grave error, pues tal parece que basta que el presunto padre tenga la edad exigida por el artículo 361.

De manera que basta para la posesión de estado de hijo legítimo, cualquiera de estas circunstancias aisladamente considerada. Es decir, la fama, más el hecho de que el padre tenga la edad requerida por la ley, aunque no lleve ni el nombre del padre, ni aunque jamás éste lo haya tratado como hijo proveyendo subsistencia, educación y establecimiento. Evidentemente hay un error, porque ¿cómo considerar legítimo a un hijo que simplemente goza en la familia del marido y en sociedad de la calidad de legítimo, si no lleva el apellido de su padre?

Este hecho sería la prueba directa, unida a que jamás ha sido tratado por el presunto padre, como hijo, de que en realidad no es hijo legítimo.

Por otra parte, hay que destacar que puede ocurrir, que además de la falta de las actas de nacimiento y la de matrimonio, no exista la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio, en cuyo caso el artículo 341 del Código Civil permite demostrar la filiación por: "todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiere un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión".

La ley permite, con base en lo dispuesto por los artículos 340 y 341, que en caso de filiación se puede recurrir a cualquier medio de prueba. Estos pueden ser documentales, testimoniales, presuncionales, etc. Previendo el

artículo 340 que la filiación de los hijos nacidos de matrimonio ha de probarse con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres; y el artículo 341, que, a falta de ello, con los medios de prueba que al respecto admita el derecho común, es posible probar con certeza por una parte, el enlace legal de los padres del de cuius con el acta de matrimonio relativa y, por otra su filiación como hijos sí, en substitución del acta de registro civil, con la partida parroquial, debidamente autenticada de su bautizo en la que conste que es hijo legítimo de sus padres.

Hay que indicar que el artículo 327 fracción VI del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal considera como documento público la certificación de actas parroquiales en los términos que dicho numeral precisa.

Ahora bien, si no es objetada ninguna de ambas constancias, no siendo la partida parroquial un acto del registro civil, sino sólo una prueba en su defecto, no le es aplicable lo prevenido por el artículo 55 del citado Código Civil, en cuanto a la oportunidad de presentación para su registro del hijo nacido de matrimonio y de las personas que deben hacerlo. Basta pues, que en dicha partida parroquial, conste esa calidad de hijo legítimo para que, probado además el matrimonio de los padres, haya sido legalmente demostrada la filiación del de cuius.

En relación a la testimonial, ésta no será admisible si no existe un principio de prueba por escrito. Estas precauciones son porque la prueba testimonial fácilmente puede elaborarse y presentarse testigos falsos, por lo cual se requiere que ésta se complemente con principios de pruebas por escrito o indicios, es decir, pruebas indirectas o bien presuncionales bastante fuertes. Esto es además explicable en el ambiente que vive el país, en el cual la prueba testimonial está bastante desprestigiada por la frecuencia con que se presentan testigos falsos.

Quedará al criterio del juez, a falta de un principio de prueba por escrito, admitir indicios o presunciones que considere bastante serios o graves, para relacionarlos con la prueba de testigos y llegar a concluir, para los efectos de la filiación legítima, no sólo que el hijo tiene tal calidad, sino que quedó acreditado el matrimonio de sus padres, en esa relación jurídica concreta del hijo frente al padre o la madre.

E) CONSECUENCIAS JURIDICAS ESPECIFICAS

Como principales efecto, se pueden señalar los siguientes:

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 padre, respecto a los hijos de conceder su apellido para integrar el patronímico

de sus descendientes. Es un deber fundamental y necesario para acreditar el estado civil. (Artículos 55 y 59 del Código Civil).

En el acta de nacimiento deberán constar el nombre y apellidos que le correspondan al hijo. Si se trata de matrimonio se anotan ambos apellidos paternos; si se trata de hijos extramatrimoniales se anotará el apellido del que lo reconozca o de ambos, si ambos lo hacen. (Artículo 389 Fracción I del Código Civil). La misma regla se aplica para el caso de adopción (Artículo 395 del Código Civil).

Alimentos.- Como consecuencia de la relación jurídica paterno-filial, incumbe a los padres respecto a los hijos matrimoniales como a los reconocidos, la obligación de alimentarlos en los términos establecidos por el Código Civil, e incumbe a los hijos dar también los alimentos a los padres en los supuestos establecido por el mismo Código Civil (Artículos 303 y 304).

Patria potestad.- al existir la relación jurídica paterno-filial, surgen automáticamente todos los deberes, derechos y obligaciones de la patria potestad, que ejercen los progenitores sobre los hijos menores (Artículo 414 del Código Civil). La patria potestad como deber y derecho se ejerce siempre que exista la relación jurídica paterno-filial, se ejerce por ambos progenitores en el matrimonio y también por ambos en el caso de hijo nacido fuera de matrimonio cuando los padres viven juntos. En caso de divorcio o separación, uno de ellos

ejercerá la patria potestad y el otro puede conservarla o perderla según las circunstancias.

Derechos sucesorios.- Establecida la relación jurídica paterno-filial, los hijos tienen derecho a recibir la porción hereditaria y los alimentos que fija la ley; siendo los alimentos un derecho evidente de los hijos habido de matrimonio, el artículo 389 en su fracción III lo consagra para los hijos reconocidos.

En relación a los alimentos, el testador tiene la obligación de dejar alimentos a los descendientes menores de 18 años y respecto de los cuales tenga obligación de proporcionárselos al momento de la muerte; en caso de no ser suficiente y haber otros acreedores, se suministrará a prorrata entre los que tengan derecho a ellos.

Tutela legítima.- La tutela legítima corresponde a aquellas personas que por su próximo parentesco deben responder al nombramiento y ejercer la tutela. Los hijos mayores son tutores de sus padres o madres viudos (Artículo 487 del Código Civil).

Configuración de ciertos delitos.- La relación paterno-filial configura ciertos delitos, como son el infanticidio o el parricidio entre otros.

Prohibiciones.- Existen diversas prohibiciones entre las cuales tenemos las siguientes:

Una consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre los parientes en línea recta sin limitación de grado, y en línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos).

Se prohíbe al Juez del registro civil autorizar los actos de estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad (Artículo 49 del Código Civil).

Existe incapacidad del médico para heredar, cuando atendió al autor del testamento en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico (Artículo 1323 del Código Civil). También son incapaces por presunción del influjo contrario de la verdad e integridad del testamento, el notario y los testigos que intervienen en él, y sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos. Está prohibido ser testigo del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios (Artículo 1502 Fracción VI del Código Civil).

Está prohibido a los hijos sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo (Artículo 2278 del Código Civil).

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, también existen prohibiciones relacionadas con el parentesco. Están impedidos los magistrados, jueces o secretario para conocer de los casos en que intervengan sus parientes. El perito que nombre el juez puede ser recusado cuando exista

parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado. Los parientes por consanguinidad o afinidad podrán ser tachados como testigos.

En materia penal los parientes no están obligados a declarar en juicio.

Las consecuencias jurídicas mencionadas con antelación, constituyen deberes y obligaciones de tal manera que si hubiere algún desconocimiento o incumplimiento, el afectado puede exigir el cumplimiento como un derecho correlativo. Tal es el caso del desconocimiento del derecho al apellido, el hijo de matrimonio o reconocido, podrá reivindicar el apellido que le es negado; también podrá exigir el hijo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la patria potestad, mediante la acción conducente ante los tribunales familiares.

Por su parte, el padre puede exigir también judicialmente el cumplimiento de las obligaciones y deberes de los hijos, así como acudir en busca de ayuda de las autoridades administrativas para la corrección y educación del que estuviere bajo su patria potestad, y en caso dado, exigir también judicialmente la obligación alimenticia con cargo a sus descendientes.

1.3. ACCIONES DE DESCONOCIMIENTO O CONTRADICCIÓN DE LA FILIACION MATRIMONIAL

El sistema de desconocimiento de la paternidad del marido estará ligado a un tipo de familia específico dentro de una formación social determinada. En virtud de que las relaciones familiares, además de satisfacer los intereses y las

necesidades individuales, se constituyen en vínculos indispensables para reproducir la existencia social. La procreación, función biológica común a todos los seres vivos, asume una calidad y esencia diferentes cuando es humana. Se trata de la reproducción y formación de individuos no sólo biológicos, sino sociales o sea, integrantes de una determinada estructura social, lo cual significa que la procreación permite, a través del sistema de socialización, la reproducción de todo el sistema.

En razón de lo expuesto, y de acuerdo con la normativa, vigente, el modelo legal de familia tendrá la misión de asegurar el nacimiento del hijo dentro de un núcleo estable que provea la efectividad de aquellas funciones. Por ello, la acción de impugnación de la paternidad del marido debe verificarse bajo ciertas condiciones, resguardándose los valores de estabilidad y tranquilidad de la familia formalizada y la inmutabilidad del estado de hijo matrimonial.

En las formas de organización patriarcal, el interés del marido aparece como el interés de todo el núcleo familiar. Sus determinaciones asumían la forma de defensa de dicho núcleo y realmente lo eran, en cuanto la supervivencia social dependía de la supervivencia de la familia. El vínculo paterno-filial si bien tenía su origen en una razón biológica, significaba una necesidad para el mantenimiento de la estructura familiar y social. Por ello,

sólo el padre estaba facultado para desconocer a un hijo. La decisión del marido no constituía meramente un acto individual, aunque en apariencia lo fuera; era la sociedad la que le asignaba la representación para definir lo que en la situación concreta implicaba a su vez una necesidad social.

En la actualidad el padre aspira a prolongar su humanidad en el hijo, lo cual a su vez, afianza la continuidad social, pero este proceso tiene otras características.

El movimiento legislativo, pone mayor énfasis en la verdad biológica y en el cumplimiento efectivo de los roles paternos, que en el nexa originado en la presunción de la paternidad del marido de la madre.

Estas conexiones entre la acción de impugnación de la paternidad del marido y la familia como institución social, como la mutación que ha tenido lugar internamente en esta última, no se exhiben muchas veces en forma directa; se mediatizan a través de las regulaciones legales. El cambio en las funciones y roles familiares ha alterado la relación jurídica entre los cónyuges. Su participación en la vida matrimonial y formación de los hijos adquiere un contenido igualitario. Al mismo tiempo, la patria potestad ya no es vista como un poder de los padres, si no como un conjunto de derechos-deberes regulados en interés del hijo e igualmente, el niño nacido de una relación adúltera

adquiere existencia jurídica. Todas son variaciones que inciden en la posibilidad de desplazamiento del estado de hijo matrimonial.

Por ello, si de modo prácticamente universal se consagra la presunción de que el marido de la madre es padre del hijo que aquélla ha concebido durante el matrimonio, igualmente se concede en todos los ordenamientos la posibilidad de aniquilar la presunción legal cuando ésta entre en contradicción con la realidad. Por lo que: "el fin fundamental de la acción de impugnación es demostrar la no paternidad del marido, es decir, destruir la presunción legal. Se trata pues, de obtener un pronunciamiento judicial en el que se declare que el marido no es el padre"¹⁰.

Ahora bien, el estado familiar de hijo de matrimonio puede quedar destruido por el marido mediante el ejercicio de la acción de contradicción de paternidad. Esta acción está encaminada a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley para que pueda considerarse como hijo de matrimonio. Es decir, la certeza de paternidad surgida de matrimonio se establece a través de una presunción que admite prueba en contrario. Por eso, en determinadas circunstancias dentro de ciertos plazos limitados por la ley, se podrá contradecir la paternidad surgida de matrimonio. En vista de lo anterior,

¹⁰ SERNA MEROÑO, Encarnación. La Reforma de la Filiación. España. Montecorvo, S.A. 1985. 322

se puede decir: "la acción en virtud de la cual se niega a un hijo la calidad de legítimo se llama en nuestro derecho acción de desconocimiento de la legitimidad"¹¹. Presupone que la filiación del hijo (es decir, la determinación de quién es su padre y de quién es su madre) no entre en juego y que el litigio versa exclusivamente sobre su legitimidad o ilegitimidad.

En cuanto a los requisitos para ejercer las acciones de desconocimiento o contradicción se necesita:

- a) El nacimiento del hijo. La lógica consecuencia de lo previsto en el artículo 324 del Código Civil es que el hijo nazca en los términos del artículo 337 del Código citado es decir, que "sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de esas circunstancias, nunca nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad". Por lo tanto, si no nace viable o nace muerto, no procede contradicción o desconocimiento alguno.
- b) Acta de nacimiento. Toda acción de contradicción o de desconocimiento requiere la existencia de un título que pruebe la

¹¹ DE IBARROLA, Antonio. Derecho de Familia. México. Porrúa, S.A. 1993. 393

situación del hijo, es decir, que cuente con un acta de nacimiento que prueba su filiación materna y paterna.

En lo que respecta a los plazos, el esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa sólo dentro de determinado tiempo; así:

Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 60 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento que se ocultó.

De 60 días, a partir del día en que regresó y se enteró del nacimiento, por haber estado ausente.

En los casos en los que el marido se encuentre incapacitado, la acción podrá ser ejercida por su tutor, y si éste no lo hiciera podrá ejercerla los herederos, en el caso de que el incapacitado muriera.

Si el marido recobra la capacidad, el plazo para el ejercicio de tal acción empezará a correr desde el momento en que declare que la incapacidad ha cesado, y será de 60 días.

Por otra parte, al hablar de los sujetos que pueden ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad, se puede decir que son los siguientes:

a) El marido

El Código Civil hace referencia al marido como titular de la acción de desconocimiento o contradicción de la paternidad. Estas acciones están

planteadas en interés del marido, para sustraer de éste la aplicación de una presunción legal que resulta inexacta.

a.1) Mandato. El hecho de que esta acción sea exclusiva del marido y sea en su interés, no lo priva de poder otorgar mandato para que en su nombre se actúe judicialmente, o bien para que en su nombre se niegue cuando así proceda. La representación para éstos casos está prevista en el artículo 44 del Código Civil que trata de los actos del Registro Civil, y previene expresamente un poder especial para los casos de matrimonio o de reconocimiento. Siendo el desconocimiento o la contradicción un acto de importancia especial, debe estimarse que también debe requerirse un poder especial y notarial.

a.2) Interdicción. Cualquier discusión doctrinal sobre la imposibilidad de que el marido pueda estar representado por el tutor, está descartada en la legislación, pues el artículo 331 del Código Civil previene el hecho de que el marido esta bajo tutela, y el mismo artículo indica que el derecho de contradecir puede ser ejercido por el tutor, lo que analógicamente puede hacerse extensivo para casos de desconocimiento.

a.3) Ausencia. Este problema de la ausencia debe estudiarse desde dos puntos de vista: como la acción que puede ejercer el marido que

regresa, o bien como acción de los herederos del ausente cuando hay una presunción de muerte.

La ausencia está prevista como un hecho que faculta al marido para contradecir la paternidad; así lo previene el artículo 325 del código referido, al suponer la ausencia del marido los primeros 120 días de los 300 que precedieron al nacimiento. Pero como el marido puede estar ausente más tiempo, tan pronto llegue y tenga conocimiento del nacimiento del que se le imputa como hijo, tiene derecho a contradecirlo dentro del término de 60 días previstos en el artículo 330 del código citado.

En el otro supuesto, los herederos de un ausente no tienen derecho para ejercer, en nombre de éste, la acción de contradicción aun cuando hayan obtenido la posesión de los bienes y haya resolución de presunción de muerte, porque no hay aún la certidumbre de su muerte y el artículo 332 sólo otorga acción a los herederos cuando el marido, teniendo o no tutor, ha muerto sin recobrar la razón, o en los demás casos a los que se refiere el artículo 333, en lo es que se habla de la muerte del marido, lo que descarta la presunción de muerte como posible evento para que los herederos intenten la acción.

a.4) Caducidad. La acción de contradicción está sujeta a caducidad.

Transcurrido el plazo señalado en la ley, la presunción que establece el artículo 324 del Código Civil no podrá ser desvirtuada en lo

sucesivo. En el Código Civil se establece el término de 60 días para que el marido pueda ejercer su derecho de contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio.

El término de 60 días para el caso de contradicción o de desconocimiento tiene diversos puntos de partida; y se puede empezar a contar:

- a) desde el nacimiento del hijo que se cuestiona si el marido estuvo presente.
- b) Desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente.
- c) Desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento.
- d) Desde el día en que legalmente se declare haber cesado la interdicción del marido.
- e) Desde el día 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.

En el caso de interdicción, es de notarse que el tutor no se ve precisado a intentar la acción durante el plazo de 60 días, toda vez que el artículo 331 del Código Civil no fija al tutor plazo alguno, lo que se confirma por el hecho de que recobrado el marido al haber cesado la interdicción, a éste le empieza a correr el plazo de 60 días.

Hay que mencionar que el marido puede desconocer al hijo nacido de su mujer en tres situaciones diferentes:

1. El hijo nace dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.

Cuando el marido tiene plena certeza de no haber tenido relaciones prematrimoniales con su esposa y además ignoraba el estado de gravidez de la misma al casarse, puede desconocer al hijo, basado en la certidumbre de que ese hijo no es suyo, y en la conducta desleal de su consorte al haberle ocultado su estado. En estas circunstancias, el derecho protege al marido permitiéndose desconocer a quien realmente no es su hijo. Para que pueda ejercer la acción de desconocimiento se requiere que no concurren las circunstancias señaladas en el artículo 328 del Código Civil que a la letra expresa:

"Artículo 328. El marido no podrá desconocer que es padre del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio":

"I. Si se probare que supo antes de casarse del embarazo de su futura consorte: para esto se requiere un principio de prueba por escrito"; (Si la ley facilita al marido el desconocimiento del hijo lo hace para protegerlo de posibles sorpresas; pero si sabía del embarazo antes del matrimonio, la ley lo priva de todo derecho para el desconocimiento, pues normalmente no se acepta

una mujer encinta sabiendo que no se es el padre del hijo de ella que está por nacer. En caso de aceptar casarse en esa situación, está reconociendo de hecho la paternidad de aquél).

"II. Si ocurrió al levantamiento del acta de nacimiento y ésta fue firmada por él, o contiene su declaración de no saber firmar", (Si el marido después de constatar el nacimiento dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, concurre al levantamiento del acta de nacimiento y firma del documento, está aceptando que el nacido es su hijo).

"III. Si ha reconocido expresamente por suyo al hijo de su mujer", (En caso de reconocer expresamente por suyo al hijo de su mujer no hay duda, habiendo este reconocimiento lógicamente es improcedente el desconocimiento por ser una acción contraria).

"IV. Si el hijo no nació capaz de vivir". (En virtud de que uno de los requisitos para la procedencia de ésta acción es que el hijo nazca vivo, se tiene que descartar la posible acción de desconocimiento del padre si el hijo no nació capaz de vivir).

2. El hijo nace después de transcurridos 300 días posteriores a la declaración judicial de separación de los cónyuges.

El plazo de 300 días a partir de la disolución del matrimonio que fija la ley para imputar paternidad cierta, se cuenta a partir del día de la muerte del

marido, o desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial en los casos de nulidad de matrimonio o de divorcio. Sin embargo, si el hijo nace después de transcurridos 300 días de la separación judicial, pero dentro de los 300 posteriores a la disolución legal del matrimonio por sentencia que cause ejecutoria, tiene todavía la certeza de paternidad en razón de que su madre aun estaba casada en la época en que él fue concebido. Así lo señala el artículo 327 del Código Civil: "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 que la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener en tales casos que el marido es el padre".

La razón de establecer la presunción de paternidad dentro de los 300 días contados a partir de la disolución del matrimonio por sentencia ejecutoria que así lo declare, estriba en que, en los casos de nulidad o de divorcio existe un plazo más o menos largo entre la admisión de la demanda y la sentencia que pone fin al matrimonio. En ese lapso es muy posible que haya habido intentos de reconciliación entre los aún casados, restableciendo circunstancialmente la vida íntima entre ellos, con la probable consecuencia de quedar la mujer en cinta. Por ello, aunque el marido tiene derecho a desconocer al hijo, también

tiene derecho a sostener la paternidad del marido, tanto la mujer como el propio hijo.

Cuando existe divorcio o juicio de nulidad del matrimonio, se presenta una situación especial, por cuanto que puede el hijo nacer después de los 300 días siguientes a la separación judicial, pero antes de que se dicte la sentencia de divorcio o de nulidad. Por consiguiente, existe aún el matrimonio. El hijo fue concebido por la esposa durante su matrimonio. Sólo que debido a la separación judicial de los consortes, nació después de los 300 días de que se llevó a cabo esa separación y entonces entran en conflicto dos principios:

- a) El primero considera en términos generales que todo hijo concebido por la esposa durante su matrimonio, es legítimo. En la especie, el hijo fue concebido durante el matrimonio y puede incluso nacer subsistiendo éste porque los juicios de divorcio o de nulidad en ocasiones se prolongan por años y mientras no se pronuncie la sentencia definitiva que cause ejecutoria, el matrimonio subsiste.
- b) El segundo principio se refiere a que la presunción legal de legitimidad del hijo se debe a que el marido hace vida conyugal con su esposa; de que no hay un obstáculo material o legal que impida la cohabitación; tanto en el sentido de vivir bajo el mismo techo, como en la posibilidad de la relación sexual.

La ley evidentemente parte de una presunción legal para imputar al marido los hijos de su esposa, cuando en condiciones normales existen las relaciones sexuales y por consiguiente, si en la época que se presume de la concepción esta situación normal existía, lo natural, lo humano, lo necesario para la estabilidad de la familia y para la protección del hijo, es considerar que fue engendrado por el marido de la madre; pero cuando este principio de cohabitación y de posibilidad de relación sexual se impide legalmente a través de la separación judicial de los consortes, no obstante que su matrimonio subsista, lo probable es que no haya existido la cópula carnal entre ellos, aun cuando cabe evidentemente la posibilidad humana de que el marido tenga relación sexual con su esposa a pesar de estar en trámite el juicio de divorcio o de nulidad, pero esta posibilidad es muy relativa ante el hecho real de que los consortes están separados, y por ello basta entonces que el marido en esas condiciones contraiga la legitimidad, sin exigirle prueba especial, para que sea la madre, o el hijo a través de su tutor, quienes reporten la carga de la prueba en el juicio, y quienes tengan que aportar al juez elementos suficientes de convicción para acreditar que el marido fue el autor del embarazo, no obstante la separación de los consortes, si ésta no se llevo a cabo en realidad, o se prueban las visitas del marido a la esposa, las circunstancias en que se llevaron a cabo, especialmente la hora o su carácter de íntimas, aun cuando no se pueda

justificar, porque no es un hecho que se realice ante testigos, el momento preciso de la relación sexual.

Es de señalarse que el hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio es obvio que no se presume del marido. En esto radica la fuerza de la presunción del artículo 324 del Código Civil. Pero no puede afirmarse con la misma certeza que el hijo nacido después de 300 días de la separación de los cónyuges por orden judicial no sea del marido. El matrimonio subsiste; técnicamente se debe considerar como hijo de matrimonio, porque aún no ha sido disuelto. Por lo tanto, el silencio del marido obra como legitimación y se le atribuye a éste el hijo nacido en esas circunstancias. En caso de habersele imputado el hijo al marido, cuando éste estime que no es suyo, basta su negativa para que se considere que no es suyo el hijo nacido de la que aún es su cónyuge.

El fundamento de ésta posición es que aun el matrimonio subsiste, pues está pendiente la resolución judicial; pero existe una cierta presunción de que los cónyuges ya no cohabitan, por haber sido separados por resolución judicial mientras el proceso concluye. Hay una separación de cuerpos por orden judicial, es una ruptura y en ella se basa la posibilidad de desconocimiento.

El que exista entre los consortes reuniones que presuman cierta intimidad; el que le haya otorgado el perdón al cónyuge ofendido y el hecho de que se dé

la reconciliación de ambos, son actos jurídicos por los cuales el juicio de divorcio concluye. Puede ser que no se hubiera avisado al juez y que jurídicamente la separación continuara, pero que por esos actos jurídicos del perdón o reconciliación, se imposibilitan al marido desconocer al hijo de su mujer.

Es de mencionarse, que el punto de partida para los 300 días a los que se refiere la ley, es el de la resolución del juez y su cumplimiento, pues la fracción II del artículo 324 del Código Civil previene que el término se cuenta "desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial". Debe haber orden judicial, pues la separación de los cónyuges de hecho, sin que medie orden judicial, no encuadra dentro de este precepto legal. Deben reunirse los dos extremos: orden judicial y separación de hecho.

3. El hijo nace dentro de los plazos legales en los cuales se establece la presunción de certeza de paternidad.

Estos plazos ya expresados son: nacimiento del hijo con posterioridad a 180 días contados a partir del día de la celebración del matrimonio y dentro de los 300 días posteriores a la disolución del matrimonio por muerte del marido o por sentencia que declare la nulidad del matrimonio o el divorcio.

Con respecto al derecho del marido a desconocer al hijo que nace dentro de los plazos señalados arriba, el Código civil establece dos normas que parecen contradictorias, en los artículos 325 y 326 que a la letra dice:

"Artículo 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 primero ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".

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

Los dos artículos transcritos tienen el mismo supuesto: que la esposa tenga un hijo dentro de los plazos legales para reputar paternidad al marido, y que el propio marido no pudo ser el que engendro al hijo por no haber tenido relación sexual con su esposa en la época en que ésta quedó en cinta; sin embargo, aunque el supuesto es el mismo en ambas normas, la disposición legal es diferente. En el artículo 325 sólo se exige la prueba de que el marido no tuvo relación con su mujer durante los 120 días primeros de los 300 que precedieron al nacimiento, y en el artículo 326 se exige que se pruebe que durante los 300 días que precedieron al nacimiento, el marido no haya tenido contacto sexual

con su esposa. ¿Cuál de las dos pruebas admitirán los jueces cuando tengan que resolver sobre el desconocimiento de la paternidad basados en esos supuestos?.

En todos los casos señalados, en que el marido tenga derecho a contradecir que el nacido es hijo suyo, deberá deducir su acción dentro de 60 días, contados desde el nacimiento, si está presente; desde el día en que llegó al lugar, si estuvo ausente, o desde el día en que descubrió el fraude, si se le ocultó el nacimiento (artículo 330 del Código Civil).

En cuanto a lo establecido en el artículo 326 si la mujer confiesa el adulterio o en su caso, si el marido lo prueba y además se demuestra que se le ocultó el nacimiento, estos dos hechos relacionados serán bastantes, independientemente de que haya habido relaciones sexuales entre los esposos, para considerar que el hijo no es legítimo. Se parte de esta presunción: si la mujer oculta el nacimiento y esto tiene que hacerlo de manera sistemática desde que el embarazo ya se hace notorio, quiere decir que por una conducta premeditada, sin pasiones, sin idea de venganza, sin el deseo de causar una deshonra al marido en realidad oculta la existencia del hijo que ha concebido porque está segura que no es de él. En cambio, el simple dicho de la madre puede tener por objeto ofender al marido, causarle deshonra, hacer esa confesión en un momento de disgusto, de coraje, y no ser en verdad cierto que

la madre haya cometido adulterio, y menos aún, que pudiera tener la certeza de que el hijo es de un hombre distinto de su marido. Por eso la ley no le otorga valor a la simple confesión de la madre, pero sí toma muy en cuenta que la esposa se oculte durante la gestación, ya que no bastaría con que se oculte el momento del nacimiento, si el marido se da cuenta ya del embarazo, por ser notorio. Por lo tanto, la esposa tiene que impedir que pueda su marido verla; tiene que mantenerse a distancia de él. Todo esto demostrará que la esposa en realidad no lo hace por ofender al marido, o por un momento de pasión o de venganza, si no exclusivamente porque reconoce su adulterio, y sabe además, por las relaciones íntimas que tuvo con otro hombre, que este es el autor de ese embarazo, y entonces por eso la ley toma en cuenta la prueba del ocultamiento, por ser definitiva.

Hay que destacar que de los artículos 325 y 326 se desprende un supuesto para el ejercicio de la acción contradictoria de paternidad ésta es la concepción, que es el hecho por el cual se puede imputar a unos progenitores un hijo determinado. La concepción es lo que nos permite determinar si un hijo es nacido de matrimonio o fuera de él y aplicar, en consecuencia, la presunción tantas veces citada. Contra esta presunción la ley señala solamente estas posibilidades:

a) Imposibilidad de cohabitación. El artículo 325 del Código civil, refiriéndose a la presunción, dice que contra ella "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".

En cuanto a su fundamento la impugnación o desconocimiento se funda en el hecho cierto (probada la imposibilidad de cohabitación) de que durante la época legal de la concepción, el marido no pudo engendrar el hijo concebido por su esposa.

Este artículo, señala que sólo procede la contradicción si hubo imposibilidad física de cohabitación del marido y la mujer, lo que puede ser por alejamiento del domicilio conyugal, el que necesita ser tan prolongado que haga imposible que los esposos puedan reunirse durante el plazo legal de la concepción. También entran dentro de este artículo los casos en que el marido trabaje en ciudad diversa, de prisión del marido, etc.

Es de observarse que el artículo que se comenta señala el plazo o período legal de la concepción, que es de 120 días de los 300 que preceden al nacimiento. Solamente en ese supuesto se tiene la seguridad de que el marido no es el padre del hijo.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

- b) Adulterio. En lo que versa al adulterio, el artículo 326 del Código Civil otorga al marido la posibilidad de contradecir la paternidad en caso de adulterio, cuando se le haya ocultado el nacimiento o demuestre que durante los diez meses que precedieron al nacimiento no tuvo acceso carnal con su esposa. Pero este artículo lo debe relacionarse con el artículo 345 del código citado, que previene: "No basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido. Mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio". Su fundamento es el no haber tenido acceso carnal con su esposa, pero en este caso durante los últimos diez meses precedieron al nacimiento y no sólo durante el período legal de la concepción (120 días de los 300 que preceden al nacimiento); o bien que se le haya ocultado el nacimiento, lo que significa una infidelidad que se pretende ocultar por la esposa, con lo cual también se da la posibilidad de contradecir la paternidad del hijo.
- c) Impotencia. En relación a la impotencia surge la duda si está prevista en el artículo 325 del Código Civil, cuando se hace referencia al hecho de "haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer..." Desde luego, debe descartarse la impotencia anterior al matrimonio, al suponerse que el marido era capaz al casarse, pues en

caso contrario surge el impedimento y la posibilidad de nulificar el matrimonio dentro de los 60 días siguientes "contados desde que se celebren el matrimonio" (Artículo 246 del Código Civil). Por lo tanto, técnicamente no debe presentarse el caso de alegar la importancia anterior, pues el matrimonio sería nulo.

La única posibilidad de incorporar la impotencia dentro de lo previsto por el artículo 325 del código mencionado, es en el caso de la sobrevenida después de celebrado el matrimonio. Algunos autores señalan que la impotencia accidental del marido sólo se admite como causa para la contradicción, en tanto cuando sea efecto de un accidente. ¿Qué debe entenderse por accidente?. Unánimemente se admite que esta palabra se aplica a las lesiones o mutilaciones provenientes de una caída, de un combate, de una operación quirúrgica o de cualquier otro acontecimiento de ese género. Por lo tanto, comprobada ésta después de celebrado el matrimonio, puede ser la base para la contradicción de la paternidad.

Por otro lado, se puede hablar también, de la impugnación del parto, ya que la presunción contenida en el artículo 324 del Código Civil, descansa en el hecho de que la esposa tuvo un parto y se identificó al hijo, para que se cumplan las exigencias para tener por comprobada la maternidad. Pero puede acontecer que se presente un fraude en relación al parto, es decir, que la esposa

no haya dado a luz al hijo motivo del conflicto, sino que mediante la obtención de un falso certificado se trata de probar el parto; por lo que faltando ese supuesto también puede argumentarse en contra de la presunción y, por lo tanto, contradecir la paternidad.

En virtud de lo anterior, se desprende que si se impugna el parto también se puede contradecir la identidad del hijo, porque puede ser que el parto sea cierto, pero haya substitución del nacido en forma involuntaria o intencional buscando el engaño a uno o a los dos cónyuges.

Un último caso se presenta para el hijo nacido después de 300 días de que se declaró legalmente la ausencia del marido.

Desde el punto de vista jurídico se reputa ausente aquel cuyo paradero y su existencia misma se ignoran. Por lo tanto, en el momento en que se le declare judicialmente ausente después de haber sido llamado por edictos para que se presente al lugar de su último domicilio, y no compareciere, se considera que hay una incertidumbre absoluta respecto a su existencia misma. No se puede afirmar que viva, ni se puede considerar que haya muerto. Por esto el matrimonio subsiste respecto del ausente, dada la posibilidad de que viva.

Ahora bien, si el matrimonio subsiste respecto del ausente, se volverá a encontrar un conflicto entre los dos principios a los que ya se han hecho referencia. Por una parte, se consideran hijos legítimos los concebidos por la

esposa durante su matrimonio. Es así que la ausencia no origina disolución del matrimonio luego entonces, el hijo nacido después de 300 días de que se declaró legalmente la ausencia del marido, sería hijo ilegítimo. Por otra parte, ésta presunción de legitimidad, según se ha explicado, sólo se funda en la posibilidad real de la cohabitación, de las relaciones sexuales. Por consiguiente, la ley parte como en todos los casos, de situaciones normales. De manera que para que el hijo concebido por la esposa se considere legítimo y se impute al marido, debe haber siempre la posibilidad material de la relación sexual. Tratándose de los ausentes, evidentemente que no se cumple con este segundo principio que además de la existencia del matrimonio, requiere la posibilidad material de la cópula carnal entre los consortes. Como la ausencia legalmente declarada parte de la base de que se ignora la existencia del ausente, no puede entonces considerarse que pudo tener relación carnal con su esposa, porque entonces se estaría ya en el caso del ausente que reaparece, y sólo se ha planteado el problema del hijo que nace después de los 300 días de que se declaró la ausencia del marido, sin que en esos 300 días haya regresado.

La ley no tiene una solución especial, pero da un principio general en materia de ausencia, conforme al cual todo aquel que pretende derechos respecto a la persona del ausente y que requieran su existencia, debe demostrarla. Si no prueba que en el momento en que pretende derivar su

derecho, que a su vez depende de que el ausente viva, éste realmente existe, ese derecho no tendrá base alguna para ser exigible. Dice el artículo 715 del Código Civil: "Cualquiera que reclame un derecho referente a una persona cuya existencia no esté reconocida, deberá probar que esa persona vivía en el tiempo en que era necesaria su existencia par adquirir aquel derecho".

b) El tutor del marido

Será tutor el que pueda ejercer la acción de desconocimiento de la paternidad del marido, cuando éste se encuentre incapacitado por cualquier causa que lo prive de inteligencia, expresa el artículo 331 del Código de referencia.

Lo curioso del caso consiste en que, si uno de los cónyuges requiere tutor por ser incapacitado, la tutela legítima recaerá en el otro cónyuge. Si el marido es el incapacitado, será tutriz legítima su esposa. Para el caso de la acción de desconocimiento de paternidad sería la esposa como representante legal de su marido a quien correspondería el ejercicio de la acción. Resulta absurdo suponer que sea la madre la que demande el desconocimiento de su hijo.

Como quiera que sea, si el tutor no ejerciera la acción de desconocimiento, podrá hacerlo el marido, cuando haya salido de su incapacidad, pero siempre dentro del plazo de 60 días, que se contará a partir del día en que legalmente se declare haber cesado su estado de incapacidad

(artículo 331). En el caso de que el marido muera sin haber recobrado su capacidad de ejercicio, serán sus herederos los que puedan demandar el desconocimiento de la paternidad, como se explicará de inmediato.

c) Los herederos del marido

Pueden ejercer la acción de desconocimiento de paternidad en los casos en que podría haberlo hecho el marido cuando éste estuvo privado de razón en la época del nacimiento del hijo cuya filiación es dudosa, y murió el marido sin haber recobrado la razón (artículo 332). Los herederos no podrán intentar la acción de desconocimiento del hijo nacido antes de que transcurran 180 días posteriores al matrimonio, si el marido estando lúcido, no intentó la demanda en vida; con la excepción del caso previsto en el artículo anterior (artículo 333).

Los herederos tienen acción en dos supuestos previstos por la ley. El primero es cuando el marido muere sin recobrar la razón. Se trata del caso en el que los herederos pueden contradecir, sin excepción alguna, la paternidad en los casos en que podría hacerlo el padre, siempre dentro del término de los 60 días contados a partir de los eventos que señala el artículo 333 del código Civil.

En el caso de que el marido en pleno uso de sus facultades mentales haya muerto sin haber hecho la reclamación dentro del término hábil, los herederos no podrán desconocer la paternidad del hijo nacido dentro de los 180 días de la celebración del matrimonio. Es la citada la única excepción. En todos los

demás casos, los herederos podrán impugnar la legitimidad dentro del mismo plazo de 60 días contados desde que el hijo haya sido puesto en posesión de los bienes del padre, o desde que los herederos se vieron turbados por el hijo en la posesión de la herencia, no acumulándose el plazo para el cómputo del plazo ya transcurrido durante la vida del esposo. Es un plazo completo de 60 días en beneficio de los herederos.

d) Personas a quien perjudique la filiación

La legislación contiene un caso de excepción, en el cual toda persona a quien perjudique la filiación puede intentar, en cualquier tiempo, la acción de contradecir la legitimidad de un hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio (artículo 329 del Código Civil). La razón o fundamento de lo anterior es que en estos casos la presunción en su aspecto negativo, es decir, de considerar al hijo nacido fuera del matrimonio, es rotunda y evidente, pues se trata del hijo que nació después de 300 días de disuelto el matrimonio y es imposible jurídicamente que se le considere como hijo de matrimonio.

Cabe hacer mención, que: "El desconocimiento de un hijo, de parte del marido o de sus herederos se hará por demanda en forma ante el juez competente. Todo desconocimiento practicado de otra manera es nulo" (artículo 335 del Código Civil). El juez competente es el familiar (artículo 159

del Código de Procedimientos Civiles). Por razón del domicilio, lo será el juez del domicilio del menor contra el cual se ejerce la acción, siguiendo el principio de que es el demandado, y también aplicando la fracción IX del artículo 156 del código de Procedimientos Civiles, que trata de los menores e incapacitados en cuyo caso el juez competente es el del domicilio de éstos.

Por lo tanto, el hijo que nace después de 300 días de la disolución del vínculo matrimonial ya no es hijo de matrimonio. Por ello: "Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio podrá promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación" (artículo 329 del Código Civil).

Las partes en el juicio son: el marido por su propio derecho; son demandados y serán oídos, la madre y el hijo a quien, si fuera menor, se proveerá de un tutor interino (artículo 336 del Código Civil).

El hijo es el demandado por excelencia. La sentencia que se dicte cambiará su estado familiar, pues de obtener sentencia favorable el padre, dejará de ser hijo de matrimonio y se le privará de todos los deberes, derechos y obligaciones que nacen de esa filiación.

Finalmente, hay que agregar que la sentencia dictada como consecuencia de la acción de desconocimiento de paternidad produce un efecto absoluto. El hijo que se estima de matrimonio, se convierte en fuera de matrimonio respecto

CAPITULO II. LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

2.1. CONCEPTO DE FILIACION EXTRAMATRIMONIAL

Los hijos nacidos fuera de matrimonio se han considerado tradicionalmente según que los padres, en el momento de la concepción, hubieran podido contraer matrimonio por no existir para ello ningún impedimento legal; o bien no podían unirse en matrimonio por tener algún impedimento para celebrar tal contrato. Por lo que la filiación extramatrimonial es la relación existente entre el hijo y sus padres, cuando estos últimos no se encuentran unidos por matrimonio civil.

La filiación extramatrimonial es también conocida como filiación ilegítima; es decir, la derivada de la unión no matrimonial. Esta se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos o por existir entre ellos alguna relación de parentesco por nombrar sólo alguno de los impedimentos para contraer matrimonio.

La filiación extramatrimonial es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Vuelve nuevamente a tomarse en cuenta el momento de la concepción que la ley

determina a través de presunciones, dentro del término mínimo o máximo del embarazo, para considerar que el hijo fue concebido cuando la madre no estaba unida en matrimonio.

La filiación de éstos hijos resulta con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad; por lo que, la maternidad es un hecho indubitable, y la paternidad es sólo una presunción jurídica que surge con certeza dentro del matrimonio.

Así el Código Civil señala: "La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento". (Artículo 360).

En esto se aplica también lo ya dicho en relación a la filiación legítima; la prueba de la maternidad se acredita con el parto, por lo que la prueba directa es fácil, pero en relación al padre, no habría hasta antes de la llamada prueba genética otra posibilidad que la prueba presuncional. Si se toma en cuenta que la presunción a la que se hace referencia consiste en imputar como hijo del marido el habido de la mujer casada; en relación a los hijos habidos fuera de matrimonio, esta presunción sólo opera en relación a los hijos de los concubinos (artículo 383 del Código Civil).

Finalmente, hay que agregar que la filiación de hijos nacidos fuera de matrimonio, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio. Esta filiación hace referencia tanto a los nacidos de padres que nunca se casaron, como a los hijos nacidos de padres casados cuando hubieren nacido dentro de los primeros 180 días de la celebración del matrimonio o después de 300 días de la disolución, pues se encuentran fuera de los plazos establecido para que la presunción *iuris tantum* que establece el artículo 324 del Código de referencia surta sus efectos legales.

Es decir, se considera que en esos supuestos, la concepción se originó antes de la celebración del matrimonio, o después de su disolución. También opera esta regla en caso de conflicto con segundo matrimonio, en los términos del artículo 334 del Código citado que en su fracción III previene que "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".

2.2. EL RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO

Se puede definir como: "el acto jurídico familiar por el cual quienes han tenido un hijo fuera de matrimonio declara, conjunta o separadamente, que lo

reconocen y aceptan como su hijo, siempre que ello se haga en las condiciones y mediante las formas prescritas por la ley"¹².

Por el reconocimiento una persona manifiesta ser padre o madre de otra. Se establece una presunción en relación al padre de que el reconocido es hijo del reconociente; esta presunción se basa en un concepto de fidelidad respecto a la mujer que lo engendró, con la cual ha tenido relaciones sexuales.

"El reconocimiento es la declaración realizada por un hombre o una mujer en la que se hace constar el lazo de filiación que le une con el hijo natural a que se refiere y constituye un medio de conferir al mismo estado de filiación de que carece"¹³. Hay autores que consideran al reconocimiento como una confesión verificada por una persona de que otra ha sido engendrada o concebida por ella.

El reconocimiento presenta los siguientes caracteres:

– Es unilateral. Porque sólo requiere la intervención de quien lo realiza, sin que sea admisible la intervención de un tercero ni del reconocido.

Es un acto unilateral, porque esta integrado básicamente por una sola declaración de voluntad.

¹² CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 140

¹³ HERRERA CAMPOS, Ramón. La Investigación de la Paternidad y la Filiación no Matrimonial. España. 1987. 73

- Es irrevocable. Ya que quien lo practica no puede luego, por su voluntad dejarlo sin efecto. Es decir, es irrevocable, porque establecido el estado de la persona de cuya filiación se trata, no puede depender de la voluntad de quien ha realizado el reconocimiento. El artículo 367 del Código Civil estatuye: "el reconocimiento no es revocable por el que lo hizo, y si se ha hecho en testamento, cuando éste se revoque, no se tiene por revocado el reconocimiento".

- Es solemne. Porque para su validez debe realizarse en las formas señaladas por la ley. Es decir, "el reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

I. En la partida de nacimiento, ante el Juez del Registro Civil;

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa". (Artículo 369 del Código Civil).

Finalmente, se puede decir que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral, irrevocable y solemne; que produce efectos legales, como son establecer relaciones paterno-filiales y obligaciones recíprocas entre las partes

y, en general, origina iguales derechos entre los hijos. Su fundamento radica en la voluntariedad de producir tales efectos jurídicos, que el reconocedor ya conoce y acepta.

A) REQUISITOS SUSTANCIALES

Para efectuar un reconocimiento se requiere ciertos requisitos sustanciales.

- Edad. El artículo 361 del Código Civil establece que "pueden reconocer a sus hijos los que tengan la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del hijo que va a ser reconocido".

"El menor de edad no puede reconocer a un hijo sin el consentimiento del que o de los que ejerzan sobre él la patria potestad, o de la persona bajo cuya tutela se encuentre, o a falta de ésta, sin la autorización judicial" (artículo 362 del Código Civil). La manifestación de voluntad es del menor, él celebra el acto jurídico, pero debe participar también alguna de las personas señaladas, o haber autorización judicial.

El reconocimiento presupone como factor fundamental el biológico: se reconoce al hijo que se concibió o se engendro. Por lo tanto, el reconociente debe tener la capacidad biológica para concebir o engendrar, razón por la cual, el artículo 361 del Código Civil, señala como necesario tener la edad exigida para contraer matrimonio (14 años para la mujer y 16 para el varón). Es decir,

en este aspecto el derecho se basa en la aptitud biológica para engendrar o concebir que está en relación al desarrollo humano.

- Consentimiento del hijo. Se requiere el consentimiento de quien va a ser reconocido, si es menor de edad, será necesario el consentimiento de su tutor, si lo tiene, o de un tutor especial que el juez designará para el caso (artículo 375 del Código Civil).

Por otro lado, es necesario hacer mención de los sujetos del reconocimiento. Así se tiene al sujeto activo, que es el que reconoce (padre y/o madre) y al sujeto pasivo que son los hijos que pueden ser reconocidos y cuyos presupuestos son los siguientes:

- a) Sólo hijos fuera de matrimonio. Sólo pueden ser reconocidos los hijos que tengan la condición de hijos habidos fuera del matrimonio, lo cual se deriva del artículo 360 del Código Civil, que habla de la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio.
- b) No reconocidos. Sólo pueden ser reconocidos aquellos que no lo hubieren sido anteriormente. En caso de que exista conflicto entre el progenitor que reclame para sí tal carácter, con exclusión de quien hubiera hecho el reconocimiento, aquél tendría que ejercer la acción contradictoria en los términos del párrafo segundo del artículo 368 del Código Civil.

c) El hijo concebido. En el derecho mexicano desde su concepción, en los términos del artículo 22 del Código Civil, se acepta la posibilidad jurídica del reconocimiento del aun no nacido (artículo 364 del Código Civil).

Respecto de la madre, no suscita problema el reconocimiento del hijo antes de su nacimiento. En cuanto al reconocimiento anticipado del padre, parece haber algunos conflictos que es necesario resolver, como son lo relativo a la posible violación del artículo 370 del Código Civil y a su inscripción en el Registro Civil.

d) Menor de edad. Puede ser reconocido un menor de edad, pero el artículo 375 del Código Civil requiere el consentimiento del tutor, o en su caso de no tenerlo el del tutor que el juez le nombre.

e) Mayor de edad. El mismo artículo citado exige el consentimiento del hijo mayor de edad para su reconocimiento.

f) Hijo muerto. Es posible el reconocimiento del hijo muerto, pero sólo en el caso en que haya dejado descendencia (artículo 364 del Código Civil).

B) REQUISITOS FORMALES

En la legislación mexicana, el reconocimiento se puede lograr utilizando alguno de los actos jurídicos que se establecen como únicos en el artículo 369

del Código Civil. Se observa que en los 2 primeros modos, que hacen referencia a la partida de nacimiento levantada ante el juez del Registro Civil y al acta especial posterior ante el mismo juez se está generando un estado familiar ante la autoridad administrativa designada para hacer constar los actos del estado civil o familiar de las personas, cuyos testimonio hacen prueba plena. Este reconocimiento a la vez es un documento oponible *erga omnes*.

En realidad, el primero de los modos no se trata de un reconocimiento, sino simplemente de una gestión administrativa para declarar el nacimiento de un niño presentándolo al juez del Registro Civil.

Los 3 modos siguientes, consistentes en el reconocimiento por escritura pública, por testamento o por confesión judicial directa y expresa, requieren, para que constituyan prueba plena oponible a todo el mundo, que se presente al juez del Registro Civil, dentro del término de 15 días, original o copia certificada del documento que compruebe el reconocimiento (artículo 80 del Código Civil).

Desde luego la omisión del registro no quita los efectos legales del reconocimiento (artículo 81 del Código Civil), pero conviene señalar que estos efectos legales se generan sólo entre el reconocedor y el reconocido, pues falta el acta del Registro Civil para que se produzcan efectos frente a terceros.

Lo anterior significa, que los modos pueden dividirse en dos: aquellos que se hacen ante el juez del Registro Civil y cumplen todos los requisitos al ser inscritos en el Registro Civil, y aquellos otros que se hacen ante notario o juez de lo familiar y que constituyen documentos que permiten solicitar del juez del Registro Civil en forma directa o judicialmente, la inscripción del título en el Registro Civil para que produzca efectos frente a todos.

Los modos consignados en la ley, que se analizan, son los siguientes:

a) Partida de nacimiento ante el juez del Registro Civil.

"Sí el padre o la madre de un hijo natural, o ambos, lo presentaren para que se registre su nacimiento, el acta surtirá todos los efectos de reconocimiento legal, respecto del progenitor compareciente" (artículo 77 del Código Civil). Esto significa, que este primer modo consistente en una gestión administrativa de declaración y presentación de la criatura ante el juez del Registro Civil, que surte efectos de reconocimiento por ministerio de la ley.

b) Acta especial ante el mismo juez del Registro Civil.

En caso de que ya se haya levantado el acta de nacimiento, el progenitor que pretenda con posterioridad reconocerlo puede acudir al Registro Civil y hacer el reconocimiento, para lo cual se levantará acta especial.

Este reconocimiento sigue siendo acto unilateral, aun cuando se requiere la presencia del reconocido si es mayor de edad o la de su tutor si es menor,

porque el consentimiento de éstos sólo es un requisito de eficacia necesaria para su inscripción en el Registro Civil y no para que se genere la relación jurídica paterno filial, que se establece por la expresión de voluntad de quien reconoce. Como el acta de reconocimiento se hace con posterioridad a la de nacimiento, se hará mención en ésta del reconocimiento habido, haciendo la anotación correspondiente.

c) Escritura pública.

Puede hacerse la declaración en un acto jurídico unilateral al hacerse el reconocimiento en escritura pública otorgada ante notario público y otro fedatario, pero se requiere el consentimiento del reconocido mayor de edad (artículo 79 del Código Civil) como necesario para su anotación en el acta que se levante en el Registro Civil, como requisito de eficacia.

d) Testamento.

La función normal del testamento, es la de instituir herederos o legatarios, pero con base en lo dispuesto por el artículo 369 fracción IV del Código Civil, también se tiene la posibilidad de que, a través de él, se haga el reconocimiento de un hijo.

Al no haber limitación, el reconocimiento puede hacerse en cualquier forma de testamento, bien sea ordinario o especial. Dentro del primero, puede

ser: público abierto, público cerrado, público simplificado y ológrafo. El especial puede ser: privado, militar, marítimo, hecho en país extranjero.

Aun cuando el testamento es un acto por naturaleza revocable, revocado el testamento, el reconocimiento queda válido, al no poder ser revocable por quien lo hizo, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 367 del Código Civil. En el caso en que fuera nulo el testamento, será también nulo el reconocimiento, lo que es lógico pensando en la falta de capacidad o vicios de la voluntad.

e) Confesión judicial directa y expresa.

Se refiere a la confesión que se hace ante el juez. Esta debe ser directa y expresa. Lo que significa que debe hacerse por el interesado directamente y no a través de un mandatario general. En caso de no poder concurrir, se requiere mandato especial en los términos del artículo 44 del Código Civil. Debe ser expresa; no puede admitirse una confesión que se obtenga, por ejemplo, cuando por rebeldía se tiene por contestada la demanda en materia civil.

C) CONSECUENCIAS JURIDICAS ESPECIFICAS

La consecuencia directa del reconocimiento es crear el lazo de la filiación entre progenitor e hijo. En forma explícita, el artículo 389 del Código Civil determina las consecuencias del reconocimiento:

"El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos tiene derecho":

"I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca";

"II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan";

"III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley".

Se observa de lo anterior, que la ley no hace esta enumeración que tiene el artículo citado con respecto a los hijos de matrimonio, sino que las consecuencias genéricas de la filiación están dispersas en el Código Civil.

Nótese también que el precepto mencionado habla tan sólo de derechos, lo cual no significa ni debe entenderse como que el hijo reconocido deja de tener obligaciones respecto de sus padres, ya que su condición de descendiente le impone todos los deberes inherentes a su nueva situación jurídica.

Con respecto al nombre y apellidos, no existe un capítulo que regule los mismos. Solamente en el Título Cuarto del Libro I que regula la institución del Registro Civil, expresa el Código Civil que las actas de nacimiento deben contener "el nombre y apellidos que le correspondan..." (artículo 58 del Código de referencia). Los apellidos que le correspondan los establece la costumbre, no la ley: primero el apellido paterno, después el materno.

En cuanto a los alimentos, tiene derecho a ser alimentado por las personas que lo reconozcan, entendiéndose este término con la amplitud del artículo 308 del Código Civil. Además, el derecho a recibir alimentos es recíproco entre padres e hijos y está regulado en el capítulo relativo a alimentos (artículo 301 a 323 del Código Civil).

El derecho a percibir la porción hereditaria en caso de intestado está determinada en el Libro Tercero del Código Civil (De las Sucesiones) en la parte relativa a la sucesión legítima. Establece el derecho a heredar en forma primordial para los hijos y demás descendientes; mismo derecho de que disfrutaban los padres.

Consecuencia indirecta del reconocimiento es el surgimiento de la patria potestad. En razón del lazo de la filiación surgido por el reconocimiento el progenitor obtendrá el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad. Por lo que el reconocido entra bajo la patria potestad de quien lo reconoce, institución promotora y protectora de la persona y bienes de los menores no emancipados.

Cuestión diferente es la relativa a la custodia de los hijos. Si los dos progenitores reconocieron al hijo y viven juntos, comparten tanto la patria potestad como la custodia del hijo menor de edad. Si reconocen sucesivamente,

tendrá la custodia el que primero reconoció, salvo que se convenga otra cosa entre los padres (artículo 381 del Código Civil).

Si reconocen al mismo tiempo, pero viven separados convendrán cual de los dos ejercerá la custodia y, en caso de desacuerdo, resolverá finalmente el juez de lo familiar, con comparecencia del Ministerio Público y de los propios interesados (artículo 380 del código Civil).

Finalmente, con el reconocimiento que es un acto jurídico familiar que genera un estado jurídico también familiar entre el reconociente y el reconocido, se genera un estado de familia. Un hijo que no conocía a su padre, al reconocerse genera un estado de familia por el cual pasa a situarse dentro de la familia en calidad de hijo, con todos los deberes, derechos y obligaciones.

Los efectos del reconocimiento operan sobre el pasado, por lo tanto, se inicia una relación jurídica que no existía al desconocerse los sujetos de ella. Luego entonces, surte efectos en relación a todos los hombres y no sólo entre el reconocimiento y quien lo reconoce. Es hijo de quien lo reconoce frente a él, sus familiares y todas las personas.

2.3. LA PRESUNCION DE PATERNIDAD EN EL CONCUBINATO

"Desde la aparición del matrimonio como forma idónea de carácter legal, moral e inclusive religiosa de instituir una familia, han existido personas que sin estar casadas se comportan como si lo estuviesen haciendo vida marital y

constituyendo una vida permanente. En tal caso nos encontramos ante el concubinato en sentido amplio¹⁴.

La actitud que debe asumir el derecho en relación con el concubinato, constituye sin dudar, el problema moral más importante del derecho de familia. Se puede decir que es más que un problema político jurídico o de regulación técnica, es fundamentalmente una cuestión de orden moral.

Aun cuando una pareja se ostente públicamente como marido y mujer, goce de esa fama en la sociedad, en sus propias familias y se conduzca efectivamente, a través de la vida conyugal, como si fuera esposos, y esta situación perdura. "Nunca habrá la posibilidad de transformar un concubinato en matrimonio a través del tiempo, en aquellos códigos civiles que requieren que el matrimonio sea un acto solemne, que necesariamente deba otorgarse ante el Oficial del Registro Civil, levantándose el acta correspondiente, con todos los requisitos legales"¹⁵.

Mientras la ley no equipare al concubinato con el matrimonio no se podrá transformar una unión concubinaria en una matrimonial. Ahora bien, para que el derecho reconozca una unión como concubinato resultan

¹⁴ BARRERA ZAMORATEGUI, Fernando. Estudios Jurídicos que en homenaje a Antonio De Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. México. Cárdenas. 1996. 15

¹⁵ ROJINA VILLEGAS. Ob. Cit. 481

indispensables los siguientes requisitos que el Código Civil en su artículo 1635 señala:

- a) Que la vida en común sea permanente; esto es, que la relación haya durado más de 5 años o que antes hayan nacido hijos (no cualquier unión transitoria puede calificarse de concubinato).
- b) Que ambos concubinos permanezcan libres de matrimonio durante el concubinato.
- c) Que se trata de una sola concubina por concubinario.

"El concubinato debe ser único, pues si una persona tiene dos o mas uniones simultáneas aunque reúnan los demás requisitos legales ninguna de ellas será considerada como concubinato"¹⁶.

En la actualidad el Código Civil le reconoce a los concubinos los siguientes efectos:

1. Derecho a alimentos (artículo 302 del Código Civil).
2. Derechos sucesorios iguales a los de los cónyuges artículo 1602 y 1635 del Código Civil).
3. Presunción de paternidad del concubinato respecto de los hijos de la concubina (artículo 383 del Código Civil).

¹⁶ Loc. Cit.

Aunado a lo anterior, "el concubinato da lugar a que se presuman hijos del concubinario y de la concubina, los hijos concebidos por ésta, durante el tiempo en que vivieron juntos, habitando bajo el mismo techo (artículo 382 fracción III del Código Civil). Asimismo, se presumen hijos del concubinario y de la concubina, los nacido después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato y los que nazcan dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesó la cohabitación entre el concubinario y la concubina (artículo 383 del Código Civil)"¹⁷.

Por lo tanto, en el supuesto del concubinato, no se requiere la investigación de la paternidad, pues el artículo 383 del código citado, contiene una presunción *iuris tantum*, sobre los hijos del concubinario y de la concubina, semejantes a la que establece para los hijos del matrimonio el artículo 324 del Código mencionado.

2.4. LA IMPUTACION JUDICIAL DE LA PATERNIDAD

El artículo 360 del Código Civil, señala que: "La filiación de los hijos nacido fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad". No habiendo

¹⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 9ª. México. Porrúa. S.A. 1989. 485

reconocimiento por parte de los progenitores, los hijos extramatrimoniales tienen el derecho de establecer la relación paterno-filial por sentencia que se obtiene al ejercer la acción de investigación de la paternidad.

La imputación judicial de la paternidad "puede definirse diciendo que es el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno-filial"¹⁸.

"Castán la define como la facultad que tienen los hijos ilegítimos, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones, de acudir a los tribunales para aportar las pruebas de su filiación a fin de que sea ésta declarada por los mismos, e impuestas a los padres las consecuencias legales que la relación paterno-filial lleva consigo"¹⁹.

La acción de la investigación de la paternidad en consecuencia, tiene por objeto averiguar quién es el padre, y quién es la madre pero mientras la investigación de la maternidad es algo que puede realizarse con excepción del caso en que la indagación tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada;

¹⁸ CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 175

¹⁹ DE IBARROLA. Ob. Cit. 424

la investigación de la paternidad por el contrario es borrosa, puede prestarse a muchas conjeturas, y hace necesaria en ocasiones, la práctica de exámenes médicos que pudieran considerarse como inmorales. Y es que la maternidad tiene a su favor un hecho indiscutible: el nacimiento, en tanto que la paternidad requiere investigaciones que muchas veces llegan al extremo de tener que precisar o investigar la fecha de la fecundación, y con el apoyo de las pruebas genéticas que tienen una certeza aproximada del 100%, establecer si la fecundación fue obra del hombre a quien se atribuye la paternidad.

El reconocimiento se refiere principalmente al padre, quien tiene siempre el deber de reconocer a su hijo, especialmente cuando exista alguna prueba de su paternidad. El hecho de que la ley permita la investigación de la paternidad en ciertos y determinados casos, genera un derecho en favor de los hijos y, consecuentemente, una obligación con cargo a los padres en el sentido de reconocer a sus hijos cuando se presentan las circunstancias que permiten sus investigaciones.

Tratándose de hijos nacidos fuera de matrimonio, "la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo. Tiene la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento de su hijo" (artículo 60 del Código Civil).

Por otra parte, todas las personas que han asistido al parto, tales como los médicos cirujanos o matronas están obligados a dar aviso del nacimiento al

juez del Registro Civil, dentro de las 24 horas siguientes al parto y el juez del registro Civil tomará las medidas necesarias, a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas (artículo 55 del Código Civil).

En cambio, "para que se haga constar en el acta de nacimiento el nombre del padre de un hijo fuera del matrimonio, es necesario que aquél lo pida por sí o por apoderado especial constituido en la forma establecida en el artículo 44, haciéndose constar la petición" (artículo 60 del Código Civil). Es decir, parece haber una situación desigual entre la madre y el padre; la primera una situación desigual entre la madre y el padre; la primera no tiene derecho de dejar de reconocer a su hijo, como si el padre tuviera el derecho de dejar de reconocerlo.

En relación a la madre, si al hacer la presentación no se da su nombre, "se pondrá en el acta que el presentado es hijo de madre desconocida, pero la investigación de la maternidad podrá hacerse ante los tribunales de acuerdo con las disposiciones relativas de este Código" (artículo 60 del Código Civil).

Tampoco podrá asentarse el nombre de la madre cuando ésta sea casada, viva con su marido y se trate de un hijo habido de adulterio, a no ser que el marido haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo (artículo 62 del Código Civil).

Como existe la presunción de que el hijo nacido de mujer casada es de su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá el juez del registro asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, salvo que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

Cuando el marido haya desconocido al hijo y exista sentencia que declare la ilegitimidad del mismo, sí podrá investigarse la maternidad respecto a la mujer casada, porque debido a la impugnación que llevó a cabo el marido, quedó desconocida la presunción que establece que los hijos de la mujer casada, salvo prueba en contrario, se consideran hijos de su marido. Los artículos 360, 385 y 386 del código citado reconocen estos principios para la libre investigación de la maternidad.

Están relacionados con los preceptos citados, los artículos 62, 63, y 64, así como el 374 del código mencionado, que mantienen la misma idea, es decir, impedir, según los casos, que se investigue la maternidad imputado el hijo a la mujer casada; o que se registre como un hijo distinto del marido, el que tuviera aquella; o bien que se pudiera reconocer por un hombre distinto del marido. Es decir, todo ello es en función de los intereses superiores del hijo y del marido, para que el primero pueda defender su legitimidad y el segundo, si no lo impugna, impedir que pueda ostentarse como padre, otro hombre distinto del marido.

Como ya se dijo anteriormente, la filiación natural, puede quedar establecida, en el caso de que el padre o la madre no han reconocido voluntariamente al hijo, por medio de una sentencia pronunciada en un juicio que se denomina de investigación de la paternidad. En dicho juicio, se debe rendir la prueba presuncional de la paternidad o la aprueba directa de la maternidad, así como la identidad del demandante.

Hay que mencionar que: "Los padres pueden reconocer a su hijo conjunta o separadamente" (artículo 365 del Código Civil) y, naturalmente, "el reconocimiento hecho por uno de los padres, produce efectos respecto de él y no respecto del otro progenitor" (artículo 366 del Código Civil).

Ahora bien, las acciones de investigación de paternidad o maternidad, sólo pueden intentarse en vida de los padres, excepto que éstos hayan fallecido antes de que el hijo alcance la mayoría de edad; porque en este caso, la acción de investigación de la paternidad, prescribe a los 4 años transcurridos desde que el hijo ha alcanzado la mayoría de edad (artículo 388 del Código Civil).

Cabe señalar que tratándose de la filiación matrimonial conocida la maternidad resultaría superfluo el ejercicio de una acción de investigación de la paternidad, por la presunción legal de la paternidad del marido. El ejercicio de la acción procesal de investigación de la maternidad natural, está prohibida si de ella resulta que su finalidad es atribuir el hijo a una mujer casada (artículo

385 del Código Civil), excepto que la maternidad resulte de una sentencia civil o criminal (artículo 386 del Código Civil).

En virtud de que la acción de investigación de la paternidad, se ejercerá en vida de los padres, el sistema adoptado por el Código Civil excluye definitivamente del ejercicio de esa acción a los presuntos herederos de la presunta madre y del presunto padre, cuando se ha abierto la sucesión de aquellos.

Por lo tanto, la sucesión no podrá ser demandada en ningún caso. Sin embargo, si ya se ha intentado la acción de investigación de la paternidad y muere el padre demandado o la madre demandada, la sucesión de aquél, o de ésta, deberá continuar el juicio que se intentó en contra del de *cujus*, hasta su terminación.

El artículo 385 del Código Civil, permite que la investigación de la maternidad se lleve a cabo por el hijo o sus descendientes. Pero no todos los herederos, por consiguiente, pueden intentarla, sino exclusivamente sus descendientes.

No dice con claridad el precepto si éstos pueden también deducir la acción durante la vida del hijo, de manera que la misma pudiera favorecer no sólo a éste sino al nieto, al bisnieto, etc., que tenga que valerse de ella para demostrar su entroncamiento. En materia de alimentos se daría la posibilidad

de que directamente el descendiente de ulterior grado pudiera acreditar su entroncamiento para tener derecho a los mismos.

En cambio, en materia hereditaria no se podría dar esta posibilidad, porque si vive el hijo, excluye a sus descendientes en cuanto al derecho de recibir la porción hereditaria correspondiente. Por lo tanto, éstos no pueden concurrir a la herencia al mismo tiempo con aquél. Los descendientes de segundo o ulterior grado sólo tienen derecho a heredar por estirpes, es decir, en sustitución del ascendiente premuerto.

Por lo que atañe a la investigación de la paternidad, el ejercicio de esa acción, primeramente parece restringida a sólo aquellos casos que menciona limitativamente el artículo 382 del Código Civil, en sus fracciones I, II y III:

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

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

Delitos que consisten, el primero, en el apoderamiento de una mujer, por medio de la violencia física o moral, de la seducción o del engaño, para satisfacer algún deseo erótico-sexual o para casarse; el segundo, en el hecho de tener cópula con mujer menor de 18 años, casta y honesta, obteniendo su consentimiento por medio de seducción o de engaño; y el tercero, en el hecho

de que por medio de la violencia física o moral se tenga cópula con una persona sin voluntad de ésta, sea cual fuere su sexo.

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

Posesión de estado que deberá justificarse demostrándose que el hijo ha sido tratado por el presunto padre, o por la familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento). Es decir, la posesión de estado de hijo constituye la segunda situación por la cual surge el deber del padre de reconocer a su hijo (artículo 382 fracción II del Código Civil). La posesión de estado resulta de una serie de hechos que en conjunto concurren a demostrar la relación de filiación y parentesco entre un individuo y su familia a la cual él pretende pertenecer.

Para que la posesión del estado de hijo de presunto padre constituya una prueba en la investigación de la paternidad, basta que se demuestre por los medios ordinarios de prueba "que el hijo ha sido tratado por el presunto padre o por su familia, como hijo del primero, y que éste ha proveído a su subsistencia, educación y establecimiento" (artículo 384 del Código Civil).

Es decir, en este caso se requiere probar, como elementos constitutivos, la fama y el trato sin necesidad de tomar en consideración los otros dos elementos

que pueden hacerse valer en la filiación matrimonial, que son: el nombre y la edad (artículo 343 del Código Civil).

Sin embargo, en relación a la fama se omiten los elementos de posesión constante y el reconocimiento por la sociedad, pues la fama se limita a demostrar que el hijo ha sido tratado como tal por el presunto padre o por su familia.

El que sólo se requieran la fama y el trato como necesarios, lo confirma el artículo 387 del Código Civil que establece que "el hecho de dar alimento no constituye por sí solo prueba, ni aun presunción, de paternidad o maternidad. Tampoco puede alegarse como razón para investigar éstas".

"III. Cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente".

En este caso, la ley presume que son hijos del concubinario y de la concubina: a) Los nacido después de 180 días contados desde que comenzó el concubinato; y b) Los nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina (artículo 383 del Código Civil).

Esta presunción concuerda con la que establece el artículo 324 del Código Civil, respecto de los hijos de matrimonio; toda vez que, el Código

Civil señala que la paternidad sí puede investigarse en los casos en que haya elementos para poder sospechar que determinado hombre es el padre, como ocurre en el concubinato, y así como en el matrimonio se presume que es el marido quien engendra a los hijos que tenga su esposa, en el concubinato, dentro de la vida marital bajo el mismo techo, con el trato sexual continuo, se presume que el concubinario es quien engendra a los hijos que tenga la concubina después de 180 días de iniciado el concubinato, o dentro de los 300 días siguientes a la fecha en que terminó.

En lo que respecta en la fracción IV del artículo 382 del código citado establece que:

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

Con ello se abre la posibilidad total a la indagación, pues no se requiere para que proceda que sea una prueba por escrito, que existan testigos o actuaciones del padre sino basta que exista tan sólo un principio de prueba.

Puede existir un escrito indubitable en el que se reconozca la paternidad, pero la legislación mexicana no se limita a dicho escrito, sino que en general hace referencia a cualquier prueba que detecte la posible relación paterno-filial (incluso la prueba genética), y no necesariamente se pruebe una marcada voluntad de reconocer.

En ciertos casos, es posible que exista una prueba escrita y expresa, reconociendo al hijo; pero puede ser indirecta, por ejemplo, insinuar el aborto, y de ese consejo inmoral y delictuoso se desprende que existe interés en que desaparezca aquel ser, por haberlo engendrado. La prueba indirecta que se desprende de afrontar los gastos durante el embarazo y el nacimiento, o los subsiguientes para el cuidado del hijo también es un elemento que hace probable la paternidad en unión con otros que el juez estimará.

Se admite que la paternidad podrá investigarse si hay un principio de prueba; pero ya no se requiere que sea por escrito, y esto tiene la ventaja de permitir una gran flexibilidad en cuanto a otras pruebas que puedan rendirse, pero sí habrá presunciones muy graves que puedan autorizar al juez para declararla. Por ejemplo, ante la conducta del hombre como motivo del parto, al afrontar los gastos en el sanatorio respectivo, entendiéndose con el médico.

Finalmente, es menester reiterar que, la investigación de la paternidad aparentemente está limitada a las tres primeras fracciones del artículo 382 del Código Civil, ya que en su fracción IV se admite todo principio de prueba, descartando limitación alguna. En cuanto a la investigación de la maternidad es absolutamente libre en principio, con la única prohibición de intentarla contra la mujer casada y se puede acreditar por todos los medios ordinarios de prueba, justificando el parto y la identidad del hijo.

CAPITULO III. LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

3.1 REFERENCIA HISTORICA

A lo largo de la historia, la aceleración del conocimiento biológico de los fundamentos de la vida y la posibilidad de disociación entre sexualidad y procreación, han planteado al hombre una larga relación de nuevas interrogantes para cuya respuesta, no se encuentra preparado. La ciencia ha comenzado a responder a preguntas que estaban pendientes desde siempre y que han abierto las puertas a otras nuevas cuestiones científicas. Pero lo que ha ocurrido es que tales dilemas han rebasado los límites del laboratorio o de la obra especializada y han entrado de lleno en todos los ámbitos sociales.

En el año de 1322, según se lee en el Talmud Hebreo, se tiene los primeros indicios de una inseminación artificial; en donde después del tiempo de gestación normal una yegua parió un potro.

En el siglo XVI, Felipe Theofrasto intentó la fecundación artificial sembrando entre estiércol caliente una mezcla de semen humano y sangre menstrual, con resultados negativos.

Más tarde, en 1660, Malpighi y Bibiena intentaron sin éxito alguno, la fecundación artificial en gusanos de seda; en 1733, sucedió lo mismo al intentarlo con plantas.

En 1763, se habla de la primera fecundación artificial en un salmón y en marzo de 1777, Lázaro Spallanzani demostró científicamente que no era siempre necesario el acoplamiento de los animales de diferente sexo para lograr su reproducción, el experimento lo realizó con granos de espermatozoides que contactó con óvulos de rana y sapo sin necesidad de cópula.

En 1785, se logra la primera fecundación en una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño. Ya para el año de 1838, al seguir experimentando se hizo una publicación en donde se señala que de veintisiete casos experimentados, se obtuvo resultados positivos en ocho mujeres, y una de ellas obtuvo un embarazo gemelar.

En 1884, se realiza la primera inseminación heteróloga, y en consecuencia en 1890 se comienza a usar donantes en los Estados Unidos.

En 1941, se publica el libro "El Estado Actual de la Inseminación Artificial", basado en la investigación de campo y en datos estadísticos, en donde se observa la práctica de 9,489 inseminaciones en los Estados Unidos, logrando con éxito el 97% de los casos.

Entre 1940 y 1945 se desarrollaron y se propagaron en Estados Unidos bancos de semen, operando como los de sangre y conservando los espermatozoides en congeladores, en donde por cada uno de los donadores se elaboraba una ficha

con sus datos y características biológicas, corporales y psicológicas. Y en 1953, se obtiene en Estados Unidos los primeros embarazos humanos con semen congelado.

En Estados Unidos ya para el año de 1973, existen nueve bancos de semen congelados, vinculados a hospitales universitarios y a clínicas.

En 1978, se anuncia el nacimiento de la primera niña-probeta llamada Louise Joy Brown, dando inicio así a una nueva etapa de la biotecnología y del conocimiento de la reproducción humana. En ese mismo año se descubre una técnica para pasar un embrión del útero de una mujer al útero de otra, sin recurrir al procedimiento quirúrgico.

En 1980, en Illinois se da a conocer la primera maternidad de alquiler lo que origina que se comenzaran a organizar contratos de maternidad sustitutiva, al abrirse en ese año una asociación de maternidad por sustitución.

A comienzos de 1982, se anunció que se planeaba congelar embriones sobrantes para uso posterior por parte de la madre natural o para donación a señoras estériles; y de lograrse congelar y almacenar por un lapso largo un número importante de embriones se tendrían bancos embrionarios. En ese año, como consecuencia del nacimiento del primer bebé probeta, se creó un comité investigador, cuya labor concluyó con el informe Warnock sobre fertilización y embriología humanas, el cual dice que algunas clases de tratamiento para

infertilidad son aceptables en términos generales, pero siempre deben ser autorizados y vigilados por un organismo científico independiente, el cual también vigilaría los experimentos sobre embriones humanos para autorizarlos si parece procedente.

En tal informe se sugiere, por ejemplo, prohibir la maternidad delegada, procedimiento que consiste en contratar una mujer para que lleve en su útero el embrión producido con las células germinales de determinada pareja (hasta el momento del nacimiento) y entregue el recién nacido a sus padres biológicos, percibiendo probablemente alguna suma de dinero como retribución por tal servicio. Igualmente, se sugiere prohibir investigaciones en embriones humanos que tengan más de catorce días de desarrollo, pues la mayoría de los expertos consultados consideran que el desarrollo individual del embrión comienza a los quince días de la fertilización.

Finalmente, concluye el informe, que los donantes de semen y óvulos deben permanecer en el anonimato cuando haya una tercera persona involucrada; que aquellos que deseen ser tratados por infertilidad dispongan de consejo, información, asesoramiento y posibilidad de diálogo; obligatoriedad de contar con el consentimiento escrito de ambos miembros de la pareja antes de iniciar el tratamiento; limitar hasta un máximo de diez el número de niños nacidos de óvulos de cualquier donante; la necesidad de que el niño sea

informado sobre su origen genético; y que el embrión debe ser llevado al status de principio fundamental, mereciendo jurídicamente protección directa. Y en consecuencia, niega la posibilidad de apropiación del embrión y estima que hay que proteger su vida como un bien jurídico sobre el que sólo caben ciertas facultades en base a sus posibilidades de desarrollo.

3.2 CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Los modernos avances y descubrimientos científicos y tecnológicos han posibilitado el desarrollo y utilización de técnicas de reproducción alternativas a la esterilidad de la pareja humana, generalmente conocidas como técnicas de reproducción asistida o artificial, algunas de ellas inimaginables hasta hace muy poco. De ellas la inseminación artificial con semen del marido o del varón de la pareja o con semen de donante se realizan desde hace años; así como la fecundación in vitro con transferencia de embriones de mayor complejidad técnica; y la transferencia intratubárica de gametos por nombrar sólo algunas, comienzan a realizarse cada vez más en todas partes del mundo.

A través del concepto inseminación artificial se designan todas aquellas manipulaciones médicas encaminadas a favorecer la fecundación cuando ésta no se puede o no se desea realizar mediante la cópula. Por lo que desde la aparición del fenómeno en la vida cotidiana, las personas que se dedican al

estudio del derecho de familia han realizado esfuerzos por definirlo. En un principio, se habló de inseminación artificial, más adelante se empleó el concepto de fecundación extracorpórea; posteriormente, queriendo abarcar ambas intervenciones médicas, se usó el concepto de fecundación artificial. En la actualidad, el término que más aceptación tiene, en la doctrina, es precisamente el de fecundación asistida.

Es bueno tener presente que no es lo mismo inseminación artificial que fecundación artificial, aunque algunos los confunden. Esta última se refiere a toda operación que tiene por objeto hacer germinar el óvulo con los espermatozoides masculinos, recurriendo a procedimientos no naturales; ya que puede ocurrir, que se realice la inseminación artificial de la mujer, y en cambio, que no se produzca la fecundación que se esperaba; en consecuencia, la intervención del hombre en la inseminación, no hace artificiales los fenómenos consiguientes al encuentro de los dos gametos.

Por otro lado, los autores plantean si se trata de una fecundación artificial o de una inseminación artificial. Ambos términos son usados; también aparecen en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Se habla de la fecundación artificial, aun cuando no se descarta que también puede usarse como terminología adecuada la de inseminación, toda vez que el primer concepto hace referencia a la concepción como resultado y en cambio,

en el segundo concepto, se está expresando la introducción de esperma en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultados. Sin embargo, casi la totalidad de los autores consideran que la práctica en cuestión no es la fecundación, pues la verdadera fecundación se da después de la intervención médica. Se dice que la fecundación no es artificial, lo artificial es la inseminación. Pero los avances científicos hacen posible también la fecundación artificial, cuando se logra esta gestión en tubo de ensayo, llamada *in vitro*. En estos casos se trata de una verdadera fecundación artificial extrauterina.

Por lo tanto, se emplean los dos términos respondiendo cada uno a una situación determinada. Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación; y fecundación será la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo.

Sin embargo; cabe señalar, que independientemente de que se trate de una inseminación artificial o de una fecundación artificial, ambas técnicas son muy recurridas actualmente en todas partes del mundo, ya que dichas prácticas ofrecen una última alternativa para que las parejas puedan procrear hijos.

"Podemos señalar que la fecundación desde el punto de vista de la fisiología, es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (espermatozoide)"²⁰.

La concepción supone en forma asociada el coito y la inseminación; se consideraron inseparables, hoy se han separado y puede producirse la segunda sin la unión sexual. La inseminación y la concepción artificial pueden darse en cualquier mujer, esté o no casada, haya o no convivido con un hombre.

Se dice que el término de inseminación artificial no es correcto, pues la inseminación es real y no artificial, por lo tanto los médicos, designan que inseminación es más correcta, hasta el día en que las células masculinas puedan ser producidas en el laboratorio entonces si se tendrá una inseminación artificial.

"La inseminación artificial o eutelegenesia, etimológicamente significa bien, a distancia, generación o engendramiento, es decir, fecundación selecta a distancia.

La eutelegenesia o fecundación artificial, es el procedimiento médico, por el cual un germen masculino es conducido a lo más profundo de las vías genitales sin que participe la normal relación natural entre hombre y mujer, es

²⁰ CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 25

decir, el procedimiento en donde el artificio reemplaza a la naturaleza facilitando el acercamiento del germen masculino al germen femenino, dejando confiada a aquella la misión de la íntima fusión de las dos células sexuales de la que pende la formación del nuevo ser humano"²¹.

"La inseminación artificial consiste en depositar células sexuales masculinas (gametos, semen o esperma) en el tracto reproductivo femenino, por vía intrauterina, paracervical o intravaginal, por medios distintos de los naturales, con la finalidad de fecundar un óvulo maduro y producir el embarazo cuando la mujer, por trastornos físicos, fisiológicos, o de otra índole, no puede concebir normalmente. También podría definirse como el método para superar los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la fecundación mediante la cópula normal"²².

Por su parte, Berger Stender dice: "la inseminación artificial es el encuentro del espermatozoide y el óvulo, en los genitales adecuados de la hembra (útero), por la introducción del esperma de macho, sin necesidad de unión carnal"²³.

²¹ LEAL DAVILA, Luis Orlando. "La reproducción artificial humana frente al Derecho Civil contemporáneo". Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. 86. Colombia. Universidad Pontificia Boliviana. 1989. 86

²² HURTADO, Javier. "Una aproximación a la inseminación artificial". Revista Jurídica Jalisciense. 2. México. 1992. 53 y 54

²³ BERGER STENDER, Jaime. La inseminación artificial. México. 1975. 18

La inseminación artificial en los seres humanos es un método o artificio distinto de los usados por la naturaleza, para lograr introducir el espermatozoide en el interior de los órganos genitales de la mujer. La inseminación artificial es el método por el cual se fecunda a una mujer sin realización del acto sexual, a través de la implantación en su organismo de espermatozoides. En consecuencia, en el ser humano existe inseminación artificial cuando se introduce semen del hombre en los órganos genitales de la mujer con fines de fecundación.

En la inseminación artificial se entienden las maniobras realizadas por el médico para introducir, en el órgano femenino, el semen previamente recolectado; presentándose entonces una serie de manipulaciones encaminadas a la fusión de un óvulo con un espermatozoide por medios distintos de la relación sexual.

"Gisbert Calabuig considera la inseminación artificial como la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual"²⁴.

Desde el punto de vista puramente biológico, la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente

²⁴ SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogénesis, filiación y delito. Argentina. Astrea. 1990. 19

opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de su carácter sexuado.

El recurso a la inseminación artificial con semen procedente del esposo o concubinario, es pensable en los siguientes casos:

- a) En varones oligoastenospermicos, es decir, hombres cuyo liquido seminal contiene un bajo número de espermatozoides y de reducida motilidad. En estos casos, puede mejorarse la cantidad del semen, mediante ciertas técnicas.
- b) En varones que se han sometido aun tratamiento químico o radioterápico (que podría tener repercusiones negativas en su descendencia) y que han dejado previamente su semen congelado en un banco o depósito.
- c) En sujetos con problemas anatómicos o sexológicos que les impide realizar adecuadamente el acto sexual. En el primer caso hay que referirse, sobre todo, a las epispadias del varón y a las anomalías vaginales de la mujer. En el segundo, se trata principalmente de impotencia del hombre o vaginismo en la mujer. También habría que citar los casos de eyaculación retrógrada (cuando el semen es receptado por la vejiga), que puede darse como consecuencia de una serie de enfermedades y, especialmente, en el caso de parapléjicos.

d) En personas afectadas de esterilidad de origen inmunológico. Quede claro que el recurso a la inseminación homóloga o con semen del marido, supone malformaciones o defectos funcionales que no impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja, y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo. En esta hipótesis, y en otras como las alteraciones de las secreciones del cuello uterino que, en determinados casos patológicos, pueden faltar o hallarse en cantidades insuficientes, resultar demasiado espesas o infectadas o en fin, ser demasiado ácidas o alcalinas lo que destruye los gametos masculinos es cuando procede la intervención del médico para introducir el esperma del marido, no ya en el canal vaginal, sino en el interior del útero, (retroversión). En uno y otro caso, la inseminación artificial, con esperma del cónyuge, es la solución adecuada.

Por el contrario, si las trompas uterinas están obstruidas, la inseminación resulta inútil; pues los óvulos no podrán descender al encuentro de los gametos masculinos, por lo que ésta deberá realizarse, no ya en el cuerpo de la mujer, sino en el exterior in vitro, usando espermatozoides del esposo.

Pero también puede ocurrir que un hombre no produzca espermatozoides; se habla entonces de azoospermia secretora. La causa puede

ser congénita, siendo el caso más frecuente el de la criptorquidia; por alguna razón, los testículos no han descendido al escroto, permaneciendo en el abdomen, a una temperatura de 37°C; demasiado elevada para el buen funcionamiento de los tubos seminíferos. Estos mismos tubos secretan los espermatozoides bajo la influencia de las hormonas hipofisarias; así, un déficit hormonal, puede generar también la ausencia de secreción.

En otros sujetos, cuyos conductos secretores están ausentes u obstruidos, los espermatozoides no pueden ser expulsados, se habla entonces de azoospermia excretora. La causa más frecuente de esta malformación es una infección por el bacilo de la tuberculosis o por el gonococo. Por último, además de la oligospermia (espermatozoides pocos numerosos) o de la astenospermia (escasa movilidad o vigor) ya mencionadas con anterioridad, puede ocurrir que éstos adopten formas anormales, ineptas para la fecundación.

En éste último caso, como también en la ausencia total de espermatozoides (azoospermia secretora), la inseminación heteróloga constituye la única forma de que la pareja pueda acceder a la paternidad, partiendo de la esterilidad del varón, la que también pudo haberse originado en un tratamiento químico o radioterápico, en la esterilización voluntaria o accidental, o en la esterilidad idiopática, es decir, por causa desconocida.

En la mujer la esterilidad es bastante rara, procede normalmente por ausencia completa de ovulación, por falta o atrofia de los ovarios y también por causas de naturaleza psicológica, mas comunes en ella que en el varón. En éstos casos, puede recurrirse a la donación de óvulos, pero entonces la fecundación se realizará *in vitro* para garantizar el éxito del proceso de reproducción.

Finalmente, se puede señalar, que de las definiciones de inseminación artificial se concluye que: a) la definición se agota en la descripción del procedimiento de la inseminación. Por lo que dentro de los fines del concepto es irrelevante si se produce o no la fecundación y, b) que lo artificial es sólo la inseminación, toda vez que, si el óvulo femenino resulta fecundado en el cuerpo de la madre por el semen masculino introducido de ésta manera artificial, se estará como en el caso del acto sexual ante una fecundación natural. Por lo tanto, es falso hablar de una fecundación artificial; al mismo que es falso hablar de niños artificiales.

3.3 FORMAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Tradicionalmente se ha considerado que la inseminación artificial tienen dos especies principales y conocidas: la inseminación homóloga y la inseminación heteróloga; naturalmente consideradas a partir del origen del semen varonil, es decir, la primera implica el uso exclusivo del líquido seminal

del marido; y la segunda considera el semen proveniente de persona distinta del cónyuge. En este sentido, es importante dejar precisado, que esta clase de terapia auxiliar de la fecundación, puede iniciar una vez que han sido perfectamente determinadas las causas impeditivas de la pareja en estudio, indicadores que por su naturaleza, bien pueden ser anatómico-fisiológicas y psíquicas, atribuibles a uno o ambos cónyuges.

Hasta el momento, este tipo de manipulaciones se pueden dar en dos formas básicas: la corpórea y la extracorpórea o *in vitro*; en ambas se puede realizar con gametos del varón y la mujer que deseen procrear, tanto cónyuges como concubinos; o con gametos de personas extrañas a la relación de pareja, quienes hacen donación de los mismos. En el primero de los casos, se está frente a una inseminación homóloga, y en el segundo frente a la inseminación heteróloga.

A) HOMÓLOGA

La inseminación homóloga se presenta cuando los cónyuges son biológicamente aptos para la reproducción, utilizando el espermatozoides del marido, debido a la imposibilidad para la inseminación natural intravaginal ocasionada por anomalías físicas o trastornos funcionales o neuropatías de algunos de los cónyuges.

La inseminación homóloga se practica en los casos en que a pesar de ser ambos cónyuges fértiles, la fecundación no es posible a través del acto sexual. Ello puede deberse a la impotencia de hombre o al vaginismo de la mujer, pero también a otras anomalías, como trastornos endocrinos o del metabolismo, secreciones vaginales que, por neutralizar los espermatozoides, aconsejan la inseminación intracervical, alteraciones del cuello del útero que exigen la inseminación intrauterina, etc.

De lo anterior, cabe mencionar que algunos expertos afirman que la calidad del semen humano ha bajado de la misma manera que han ascendido los casos de esterilidad. Antes, los biólogos consideraban que un semen era normal si contenía más de sesenta millones de espermatozoides por centímetro cúbico; ahora se conforman con veinte millones.

En México, alrededor de diez millones de mujeres, entre los catorce y treinta y cinco años, están en edad fértil. Sin embargo, muchas de ellas tendrán dificultades o no podrán, en el peor de los casos, concebir hijos.

La inseminación homóloga técnicamente deriva su terminología por el empleo sólo y exclusivo del semen del marido; esta modalidad se recomienda a nivel médico, cuando el varón o bien la mujer, están de tal modo afectados o impedidos por una deficiencia anatómica-fisiológica y/o psíquica que, aún

cuando no obstaculiza en algunos casos, la realización normal del coito, éste no concluye por consecuencia en la anhelada fecundación.

"Entre las causas que llevan a la inseminación homóloga se encuentran las siguientes":

" a) Por deficiencias anatómico-fisiológicas en el varón":

"1. Epispadias: afuncionalidad del canal uretral del pene que no desemboca en su sitio normal, sino en la parte superior".

"2. Hipospadias: afuncionalidad del canal uretral del pene que no desemboca en su sitio normal, sino en la parte inferior".

"3. Fimosis: estrechez o angostamiento irregular del orificio del prepucio que impide la salida del glande".

"4. Adiposidad excesiva: elemento impeditivo de naturaleza física, detectado de manera irregular en el bajo vientre, glúteos y muslos".

"Los médicos especialistas, estiman que si bien las dos primeras causas, constituyen verdaderas indicaciones de esterilidad masculina, las dos últimas no tienen mayor importancia, ya que la fimosis responde al tratamiento quirúrgico, y la excesiva adiposidad se corrige mediante continuo tratamiento al sistema nutricional y metabólico del afectado".

"b) Por deficiencias anatómico-fisiológicas en la mujer".

"1. Vagina: se señalan fundamentalmente la nociva acidez, estenosis o vaginismo infantil".

"2. Cervix: su estudio se concentra de modo peculiar en las diversas características del moco cervical, es decir, que si éste presenta un aspecto sedimentoso, porulento, turbio, reseco y escaso, las condiciones de hospitalidad que presenta al espermatozoide, son realmente pésimas, por lo que es poco probable una concepción".

"3. Matriz: presenta serias alteraciones en su comportamiento fisiológico tales como: cólicos, espasmos, flujos sanguinolentos, infecciones en el cuello, etc. Padecimientos que por su misma naturaleza, deben estudiarse de manera previa al procedimiento inseminatorio".

"4. Endometrio: un exámen a fondo de éste órgano revelará: cómo esta ovulando la mujer; sino hay ovulación, podemos válidamente sospechar la existencia de alguna hiperplasia, hipotiroidismo, cistosis glandular, etc".

"5. Trompas de Falopio: pueden presentar comúnmente estenosis tubal, graves complicaciones infectivas, traumatismo interno, carcinomas cancerosos, etc"²⁵.

B) HETERÓLOGA

²⁵ OGARRIO SAUCEDO, Guillermo. "La familia y la tecnología". *Jure*. 3. México. 1990. 14 y 15

La inseminación heteróloga es aquella que se practica con líquido seminal de un tercero que no es el marido, que podrá ser conocido o desconocido. Este tipo de inseminación es conocida también como inseminación artificial por donante o donador.

De lo anterior se desprende, que toda vez, que "este tipo de inseminación implica el uso del fluido seminal de varón distinto del marido, por especialísimas razones genéticas, los especialistas prohíben de modo invariable todo embarazo a parejas cuyo impedimento, ya científicamente detectado, hace imposible el nacimiento de productos anormales, y con ello, evitarles un profundo daño psicológico y moral que estos traería a la pareja. Por tales motivos, se hace referencia al estudio de la esterilidad absoluta del varón y las indeseables características genéticas localizadas en el varón"²⁶.

a) Por esterilidad absoluta del varón.

Cuestión muy seria ésta, la de determinar si el semen de un varón es fisiológica y genéticamente eficaz o no para la fecundación de su mujer, ya que presupone a no dudarlo, responsabilidad y calidad profesional en el análisis técnico y de laboratorio en la práctica a su licor seminal, a fin de averiguar con el mayor rigor posible, el parámetro de su espermatogénesis, bien sea su

²⁶ OGARRIO SAUCEDO. Ob. Cit. 16 y 17

esterilidad (azoospermia y necrospermia) y/o su relativa o escasa capacidad fecundadora (oligoastenospermia, hiperespermia y astenospermia).

1. Azoospermia: implica la total ausencia de espermios vivientes en el licor seminal.

2. Oligospermia: cantidad anormalmente baja de espermatozoides en el semen, insuficientes para fecundar.

3. Hiperespermia: cantidad supranormal de espermios en el semen que obstaculiza de igual manera, la fecundación.

4. Astenospermia: insuficiente motilidad de un alto porcentaje de espermatozoides en el fluido seminal.

5. Necrospermia: eyaculación seminal carente de espermios vivos para fecundarse, es decir, se encuentran en la emisión, pero muertos.

b) Por características genéticas indeseables en el varón.

Es muy loable la teleología médica cuando en aras de la superación humana, se lucha para combatir las deficiencias y padecimientos congénitos o adquiridos del hombre, que puedan debilitar la normal potencia genética de éste, originando con ello, razas enfermizas; en éstos casos, es aconsejable la heteroinseminación para evitar afecciones hereditarias.

La inseminación heteróloga se ha practicado tradicionalmente cuando el marido es estéril y también en casos de incompatibilidad del factor Rh, incluso,

si el marido es portador de anomalías cromosómicas transmisibles, aunque fuese fértil. En éstos casos se recurre al semen fecundante de un tercero, donante. A tal efecto se acude a los denominados bancos de semen, en los cuales se conserva, fresco o congelado, y debidamente clasificado de acuerdo con las características físicas del donante.

En cuanto a la inseminación artificial Berger Stender dice que "existen dos tipos: uno, cuando el donante es el esposo, y el otro, cuando el donante es anónimo".

"a) Autoinseminación, o inseminación homóloga, que es la que se practica dentro del matrimonio, inseminando a la esposa con el semen de su esposo".

"b) Heteroinseminación o inseminación heteróloga se practica en mujer soltera, o en casada con semen que no es de su esposo"²⁷.

Por su parte: "dice Gafo que hay dos tipos fundamentales de inseminación artificial, que con frecuencia son llamadas homóloga y heteróloga. En el primer caso, el semen procede del marido (o también del varón que vive establemente con la mujer que va a ser inseminada, aunque no estén jurídicamente casados), mientras que, en el segundo, provienen de un

²⁷ BERGER STENDER. Ob. Cit. 23

donante distinto del marido y generalmente anónimo"²⁸. Esta terminología nos parece incorrecta, ya que en otros temas biomédicos, el concepto de heterólogo se refiere a lo que acontece entre diversas especies. Consiguientemente, tanto la inseminación artificial con semen del marido, como la realizada con semen de donante son homólogas, mientras que sería heteróloga el intento de hibridación entre nuestra especie y el chimpancé.

Por esta razón parece más correcto hablar de IAC-inseminación artificial -cónyuge- cuando el semen procede del cónyuge o compañero y de IAD-inseminación artificial -donante- cuando el semen procede de una persona ajena a la pareja.

Sin embargo, la terminología que se ha impuesto en la doctrina latinoamericana, tomando como punto de referencia el matrimonio o concubinato, no la especie, es precisamente la de inseminación homóloga o heteróloga.

Algunos autores, sin embargo, proponen una tercera categoría, que sería la inseminación artificial confusa o mixta o combinada, en la que se utiliza una mezcla de espermatozoides de dos o más personas, usualmente del marido de la mujer que va a ser inseminada y de uno o varios donantes. Son dos las razones de

²⁸ SOTO LAMADRID. *Ob. Cit.* 22

esta práctica: en primer lugar, se sostiene que se cubren más adecuadamente los aspectos legales de la cuestión, ya que podría sostenerse que quizás el esposo de la mujer es el padre de la criatura nacida por inseminación artificial; se afirma, por otra parte que, desde el punto de vista sociológico, la inseminación artificial combinada ayuda a consolidar la personalidad del esposo, al permitirle suponer que tal vez él sea el padre del hijo de su mujer.

De lo anterior, sin embargo hay que señalar que la inseminación artificial combinada o mixta, no es más que una variante de la heteróloga. En efecto, parece indudable que si se recurre al semen de un tercero (aunque se combine con el del marido), es porque se ha llegado a la conclusión de que los espermatozoides del marido no son aptos para fecundar a la esposa. Así las cosas, parece claro, que lo realmente importante en esta modalidad de inseminación, es la figura del donante.

3.4 TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Por cuanto hace a las técnicas médicas que se siguen para poder aplicar con éxito el procedimiento inseminatorio, se debe decir desde ahora, que no debe entenderse por inseminación, la sola colocación o puesta del líquido seminal potencialmente fértil, en la vagina, cervix, útero o trompas de falopio de la paciente, sino que la inseminación terapéutica constituye todo un riguroso procedimiento que va desde el análisis de la etiología del proceso ovulatorio de

la mujer, hasta la cuidadosa selección del método de inseminación más apropiado a las características que presenta, y además, las causales o indicaciones biológicas de esterilidad que se evidencian en la exploración médica que previamente se le hayan practicado; en tal virtud, no es conveniente el examen de ningún otro aspecto sino el de las técnicas de inseminación más importantes dentro de la literatura médica mundial.

Las técnicas de reproducción humana mediante manipulación genética se basan en la fecundación corpórea y en la fecundación extracorpórea. Ambos tipos de fecundación son ya una práctica cotidiana en centros de salud de todo el mundo. La corpórea se realiza mediante la introducción del líquido seminal en la cavidad uterina de la mujer durante el período fecundo; es una práctica frecuente para resolver problemas de infertilidad de la pareja causada por razones de diversa índole. La fecundación extracorpórea es un tratamiento que requiere hospitalización, por lo que sólo se recurre a él en casos extremos relacionados con la infertilidad de la mujer; abarcando tres etapas: la obtención de varios óvulos maduros, su fertilización *in vitro* y su implantación intrauterina.

Las técnicas que más se aceptan y practican son la inseminación artificial con semen procedente del marido, con semen procedente de donante, la fecundación *in vitro* y la donación de óvulos; mientras hay un rechazo a la

donación de embriones, un fuerte rechazo a la llamada subrogación de útero y se solicitan graves cautelas para la investigación y más aún para la manipulación de embriones.

Con lo que respecta a las condiciones en que deben practicarse y presupuestos que han de concurrir en los destinatarios, existe un consenso prácticamente unánime en la intervención de médico o incluso, de médico especialista, así como en que se hayan de practicar en determinados centros que cuenten con comisiones de control y que dichos centros se encuentren debidamente organizados.

En cuanto a los destinatarios, se presentan dificultades los supuestos de mujeres solas y un fuerte rechazo a la aplicación de las técnicas a las parejas homosexuales.

Hablando de la fecundación extracorporal, ésta ha sido posible científicamente mediante la manipulación de gametos (espermatozoides y óvulos) y para posibilitar tal manipulación han coadyuvado decisivamente las técnicas de congelamiento que permiten disponer durante un tiempo considerable, incluso años, el semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. La conservación se hace en el laboratorio, manteniendo los gametos en nitrógeno líquido a muy bajas temperaturas, lo que permite su reutilización en el momento necesario. Este es el origen de los

bancos de semen y de los bancos de óvulos que disponen de material para la fertilización. Así, por ejemplo, un matrimonio en que el marido es estéril y la esposa infertil, podrían ser los padres de un hijo concebido con semen y óvulos provenientes del banco.

Además de la manipulación de gametos, las técnicas de reproducción humana artificial exigen la manipulación de los embriones que se han obtenido en virtud de la fertilización *in vitro*. La técnica de fecundación extracorporal se realiza extrayendo varios óvulos maduros mediante la ovulación provocada y fertilizando todos. Luego se transfieren al útero no un sólo embrión sino dos, tres y hasta cuatro (más de ese número amplía el riesgo de embarazos múltiples, y menos de tres disminuye las posibilidades de embarazo), de suerte que es posible que queden algunos embriones sobrantes. En estos casos, estos embriones sobrantes pueden ser congelados a 197°C , sin riesgo, y si la mujer no queda gestante en este intento, puede serle transferidos de dos a tres meses después, sin necesidad de la incomodidad que representa la práctica de una nueva laparoscopia.

En la fecundación extracorporal llamada también fertilización *in vitro* (FIV), la fecundación del óvulo se obtiene en el laboratorio en razón de existir la posibilidad de que el semen lo fertilice, naturalmente, en el interior de las trompas de falopio.

La fecundación extracorporal o *in vitro* suele practicarse en los casos de obstrucción de las trompas. Obstrucción tubárica que impide el encuentro de óvulo y espermatozoides mediante el coito, en cuyo caso se procede, previa una ovulación provocada en la mujer; a la extracción de los óvulos para su fecundación utilizando semen del marido o de un tercero.

La extracción de los óvulos se obtienen mediante la utilización del laparoscopio (aunque también se utiliza el método de punción folicular para aspirar óvulos mediante la ecografía, evitándose así la cirugía laparoscópica que exige anestesia general de la paciente). Obtenido los óvulos y fecundados, se trasladan al útero un cierto número de embriones, cuando éstos están en condiciones de iniciar su fijación o anidación.

La fecundación *in vitro* se ha convertido en una alternativa cotidiana para aquellos matrimonios sin otras posibilidades de procreación, aunque constituye un método excepcional y, como último recurso, para los casos de infertilidad.

Desde el punto de vista terapéutico, se puede afirmar que si el problema de la mujer consiste en la obstrucción irreparable de las trompas de falopio, pero su ovulación y su capacidad de gestar no están comprometidas, entonces, la solución clínica sería la fecundación homóloga *in vitro* de uno o varios de sus óvulos, y la transferencia posterior de los mismos al útero de la mujer. Si el

defecto consiste en disfunciones graves de la ovulación, no susceptibles de corrección alguna, entonces la recomendación médica (cuestiones morales y jurídicas a parte) sería la de obtener la donación de un óvulo ajeno o de un embrión residual de otra pareja que se haya sometido a la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVTE), en el caso de que el marido sea también estéril, siempre que no haya contraindicaciones para el embarazo y el parto.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al arrendamiento de útero, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético. Y en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a la infertilidad), la maternidad subrogada con aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la estéril para inseminar a la subrogatoria, podría ser una solución al problema, por mas que resulte ásperamente cuestionada.

La fecundación in vitro puede solucionar también algunos casos de esterilidad masculina, por ejemplo, cuando el varón es oligospermico. En esta hipótesis, el reducido número de espermatozoides presentes en el líquido seminal, pueden hacer aparecer como infértil a un varón, cuando se trata de la

fecundación natural; sin embargo, podría ser fértil utilizando una fecundación artificial, en la que un reducido número de espermatozoides es suficiente para conseguir la fecundación del óvulo. De hecho, se han conseguido de ésta forma varios nacimientos de niños cuyos padres eran oligospermicos.

Una variante de la fecundación in vitro, es la denominada transferencia intratubárica de gametos (TIG), que consiste en colocar en cada una de las trompas dos óvulos, también extraídos mediante laparoscopia, y espermatozoides para que fecunden a aquellos en las propias trompas, es decir, en el ámbito en que naturalmente se produce la concepción.

El éxito de ésta técnica alcanza entre el 35 y el 40% de los casos, y está indicada para tratar la esterilidad por factores masculinos, como problemas en la cantidad de movilidad de los espermatozoides y trastornos que impiden su ascenso por el canal femenino, así como para solucionar las esterilidades sin causa aparente y la endometriosis. El único requisito imprescindible para que ésta técnica obtenga buenos resultados, es que la mujer presente trompas sanas.

La técnica descrita está pensada como un refuerzo de la inseminación homóloga, respetando al máximo el proceso de la concepción que, según la doctrina católica, debe darse, necesariamente, en el cuerpo de la mujer.

El 13 de mayo de 1986, nació Manuel Campo mediante la transferencia de gametos directamente a las trompas de su madre. El nuevo sistema surgió

entonces como una opción, más fácil que la fertilización *in vitro*, partiendo de la sanidad de las trompas. Este niño fue el primero nacido en la Argentina a través de la TIG y el tercero en América Latina. Ahora se habla de la inseminación intraperitoneal como una técnica más simple y efectiva. Durante la misma, el semen es colocado en la cavidad peritoneal para que caiga directamente en la trompa. Esta técnica es completamente ambulatoria, no requiere internación y es indolora. No se usa anestesia y la paciente sólo sufre una molestia similar a la ocasionada por el torno del dentista. Se usa en el caso de fallas en la migración espermática, es decir, cuando los espermatozoides, después del coito, no alcanzan a atravesar el moco cervical, o cuando el semen del marido no es bueno en cuanto a su cantidad o calidad. También es útil en el tratamiento de disfunciones fisiológicas, relacionadas con la impotencia por ingestión de drogas o por problemas psicológicos.

Otra variante de la fecundación *in vitro* es la transferencia de embriones (TE), consiste en llevar los embriones producidos por la FIV al interior del útero. En conjunto, esta técnica es conocida como FIVTE, esto es, fecundación *in vitro* con transferencia de embriones.

Estas técnicas son posibles mediante la manipulación de los gametos (espermatozoides y óvulos), a los que ha coadyuvado decisivamente la técnica de congelamiento, que permite disponer durante un tiempo considerable de

semen y óvulos para su utilización posterior en el proceso de fertilización. Esta posibilidad de manipulación presupone lo que se podría denominar una facultad de disposición, de modo que los gametos podrían ser donados, o engendrados de otro modo, o conservados para su utilización posterior.

Finalmente hay que mencionar a los bancos de semen, que son aquellos institutos científicos dedicados a almacenar semen para la práctica de la fecundación artificial.

El espermatozoide es congelado a 196 grados centígrados, situación que permite conservarlo y realizar la inseminación hasta diez años más tarde.

Los requisitos para llevar a cabo la donación de espermatozoides son: a) lo debe realizar un hombre casado con, por lo menos, un hijo; b) es siempre anónima, a título gratuito, se exige el consentimiento de la mujer del donante; c) los donantes son sometidos a exámenes clínicos y genéticos para evitar los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias; d) la utilización del espermatozoide de un individuo es limitada a un número reducido de mujeres a efecto de disminuir los riesgos eventuales de consanguinidad; y e) el espermatozoide es entregado exclusivamente al ginecólogo que realizará la inseminación.

3.5 CONSECUENCIAS DE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

"Los descubrimientos y adelantos en el campo de la biología nos colocan ante hechos que se proyectan a lo jurídico, que tienen que ser iluminados por la

moral. Los avances técnicos en materia de inseminación y de fecundación artificial han creado situaciones no contempladas hasta la fecha. Es cada vez más segura la inseminación artificial; la ciencia avanza y genera la necesidad de reglamentar las relaciones humanas para poder dar respuesta a los nuevos requerimientos²⁹.

La inseminación artificial en seres humanos, es un fenómeno que desde hace algún tiempo interesa a las instituciones jurídicas especialmente a las relacionadas con el derecho de familia, pues crea situaciones que el legislador no puede ignorar como las relativas a la filiación, relaciones matrimoniales, derechos tradicionales (paternidad) y status social del concebido por inseminación artificial heteróloga. Si el fin primordial del matrimonio es la constitución de una familia, no sólo marital sino especialmente parental, es lógico a la inseminación artificial choque contra costumbres, ética y derechos sociales e individuales. De ahí que sea necesario una regulación normativa, bien sea prohibirla en forma absoluta o limitarla, especificando en qué casos es conducta punible, cuando recibe solamente una sanción civil y en qué circunstancias es legalmente permitida.

²⁹ CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 23

Debido a la íntima relación que el derecho de familia tiene con la moral, es indispensable conocer las soluciones que en este campo se han dado a la inseminación y a la fecundación artificial. Es decir, planteando lo que significa la concepción artificial, en primer término debemos realizar una valoración ética que sea la base de la reglamentación jurídica.

También debemos analizar si con nuestra legislación positiva es posible responder a las nuevas exigencias que nos plantea la ciencia en esta materia. Estas nuevas exigencias son en las áreas conyugal, de la filiación y en las sucesiones. Conviene preguntarnos si la actual legislación da respuesta a las interrogantes que en esas áreas se plantean. Nuestra legislación, en especial el Código Civil, no deja de lado la consideración que se debe a la moral, a las buenas costumbres y a las disposiciones de orden público.

Sobre ésta materia hay una gama de opiniones, que van desde la repugnancia a este tipo de operaciones terapéuticas, hasta la aceptación llevada al extremo de tratar de mejorar la raza a través de la manipulación genética. Debemos colocarnos en una situación de equilibrio, en la que se contemple la realidad y las posibilidades en beneficio del hombre y la comunidad, y opinar con un criterio que salvaguarde los intereses de la persona y de la comunidad, evitando extremismos en uno u otro sentido.

Finalmente, hay que mencionar que en los últimos años lo que comenzó siendo un simple problema médico: la búsqueda de un remedio contra la infertilidad dentro del matrimonio, ha superado la barrera de la medicina, para repercutir directamente en otros campos como son la moral, la ética o el derecho.

La difusión y, hasta cierto extremo, la generalización de nuevas técnicas reproductoras del ser humano, que omiten el acto sexual como determinante de la concepción, ha producido un fuerte choque entre las convicciones sociales, morales y éticas tradicionales y la frontera en la que deben moverse los avances de la ciencia.

Es importante tener presente que el empleo de las nuevas técnicas de fecundación humana, da lugar a similares problemas en todos los países en los que se ha generalizado su empleo, razón por la cual es de suma utilidad tener siempre presente las soluciones doctrinales y legislativas que en ellos se han ido adoptando.

A) DE CARACTER MORAL

El matrimonio es, sobre todo en la actualidad, el producto de una elección, mutua. Los miembros de la pareja se aceptan recíprocamente para compartir su vida y formar una familia con hijos. El producto de esta unión es,

por lo tanto, la suma de dos aportaciones genéticas pero, sobre todo, en el mejor de los casos, de una ilusión compartida.

Por eso, cuando obstáculos meramente orgánicos impiden la reproducción de la pareja, todo parece indicar que la razón, fundada en la necesidad, debe reclamar el concurso de la ciencia para realizar ese proyecto de dar vida.

En cuanto a la inseminación homóloga se dice que en el matrimonio los cónyuges no deben actuar para satisfacer sus propios caprichos. Su actuación responde a su vocación personal y a la realización de ambos. La comunicación y el amor son característicos de la relación conyugal y el acto conyugal ha de ser la expresión de esas características. La nueva vida debe desembocar en un contexto de amor consciente, libre y responsable entre dos personas de igual dignidad y grandeza. Con la fecundación artificial se dice que no se dan esas características y están ausentes entre cónyuges los sentimientos, los afectos, las aspiraciones y todo ese encuentro como un don para que pueda surgir la vida. Se transforma en un cálculo de laboratorio que destruye la relación interpersonal conyugal. Sin embargo, no se puede negar que es un auxilio que la ciencia ofrece a quienes no han podido tener hijos.

Sin embargo, en la inseminación artificial homóloga la intención procreativa es ciertamente muy fuerte, y se podría señalar que en algunos casos

es semejante a la procreación natural; y entonces en estos casos también el niño nace en un contexto de amor expresado por los padres.

"Es por eso que el LXII Congreso de Médicos Alemanes decidió en Lübeck, en el año 1959, 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"³⁰.

Tratándose de la inseminación artificial heteróloga, se señala que hay más concordancia de opiniones en cuanto al rechazo; toda vez que para algunos, ello representa un atrevimiento en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal. Surge una nueva dificultad por la agresión potencial que para el marido supone recibir un hijo concebido con ayuda de un donante. El marido podría llegar a ver en el niño una prueba permanente de su impotencia, fruto de una unión adulterina por parte de su esposa, incluso indeseado en la intimidad de su vida conyugal. Dichas circunstancias crean 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. Sin embargo, hay pruebas de lo contrario; de hecho, muchas parejas han sido

³⁰ SOTO LAMADRID. Ob. Cit. 85

capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga.

"La fecundación artificial heteróloga lesiona los derechos del hijo, lo priva de la relación filial con sus orígenes paternos y puede dificultar la maduración de su identidad personal. Constituye además una ofensa a la vocación común de los esposos a la paternidad y a la maternidad: priva objetivamente a la fecundidad conyugal de su unidad y de su integridad; opera y manifiesta una ruptura entre la paternidad genética, la gestacional y la responsabilidad educativa"³¹.

Sobre la inseminación artificial heteróloga dice Gafo, "es la que suscita mayores problemas dentro de la reciente reflexión teológica católica. Son muchas las voces que no aceptan moralmente esta forma de inseminación se subrayan las consecuencias psicológicas negativas que pueden seguirse de la misma: acentuación del complejo de inferioridad del varón, que interpreta su esterilidad como una falta de virilidad; dificultades en la relación del padre con el hijo, ya que éste será un recuerdo permanente de su infecundidad; repercusión en las inevitables tensiones y dificultades de la vida de la pareja; inadecuada relación madre-hijo por su carácter posesivo, por querer el hijo

³¹ CHAVEZ ASENCIO. *Ob. Cit.* 33

para sí misma y no para la pareja, son algunas de las dificultades reales que no se pueden minimizar -dice este autor-, pero que no me atrevía a afirmar que sean insuperables y que se den necesariamente en toda pareja que recurra a la inseminación heteróloga"³².

En lo que respecta al contrato de madre sustituta esta atenta contra los principios de orden público y las buenas costumbres; se considera ilícito este contrato por el objeto mismo, el objeto es la persona y ésta es sujeto y no objeto de cualquier convención. De aceptarse este tipo de contrato sería una afrenta a la dignidad de la persona que no es en ningún momento una mercancía.

"La maternidad sustituta, representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la paternidad responsable; ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado por los propios padres; instaura en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psíquicos y morales que la constituyen"³³.

Es difícil situarse en el lugar de una pareja infértil ya que el problema general que se presenta es por razones contrarias, es decir, el de las parejas que desean tener pocos hijos y se ven obligadas a usar algún método de control

³² SOTO LAMADRID. Ob. Cit. 108 y 109

³³ CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 34

para espaciar sus embarazos. Sin embargo, siendo la capacidad reproductiva una característica inherente a todo ser vivo, en el individuo humano cobra especial importancia, pues como ser inteligente, uno de sus anhelos es tener descendientes, más aún, si se siente poseedor de un apellido importante, o de un legado de cualidades, o una herencia cuantiosa; así también si como adulto no ha podido realizar todos sus anhelos, desea tener herederos que sean los transmisores de su apellido y realicen sus sueños no alcanzados.

En general, la pareja estéril intenta hasta donde le es posible económica y emocionalmente, lograr la concepción. Cuando esta pareja no logra su objetivo en el término propuesto, comienza a tener problemas en su relación como pareja, pues su frustración emocional los lleva a culparse mutuamente o a sentir odio contra quienes tienen hijos; no es difícil que se presenten estados depresivos: ira, ansiedad, pérdida de la autoestima, frustración y actividad sexual disminuida; lo que complica aun más las relaciones de la pareja.

B) DE CARACTER SOCIAL

Dentro del derecho de familia se crean las normas de filiación, que van a servir para determinar en qué grupo familiar se integrará el sujeto; por lo que de este modo, el sistema jurídico pretende dar una respuesta a una serie de demandas sociales: la identificación de la persona, con la consiguiente

atribución de un nombre de familia, la educación del niño, su alimentación, sus derechos sucesorios así como su protección social.

Este sistema jurídico tradicional se rompe en la actualidad con las distintas posibilidades de influir en la concepción y en los nacimientos: el control de natalidad, la interrupción voluntaria del embarazo y la procreación por medios artificiales, implican que los problemas tradicionales deban ser examinados desde puntos de vista distintos.

La pregunta inmediata es si se pueden plantear estas cuestiones con los esquemas tradicionales, debe advertirse que una gran parte de la doctrina que se ha ocupado, de estos temas no va más allá de la filiación, tal y como hoy está concebida e intentar adaptar estos esquemas tradicionales a un nuevo modo de concepción de los seres humanos, al que se ha llegado por medio de los avances de la técnica.

Hoy se cuenta con dos tipos de filiación, de acuerdo con el Código Civil y no hay que olvidar que ello es el producto de un largo proceso histórico, que lleva a este resultado, en virtud de que el derecho no es producto inmóvil ni estático, sino que se adapta a las demandas sociales, debe ofrecer la respuesta más idónea para solucionar lo que sucede y sucederá igual, con regulación o sin ella.

Hoy se puede partir ya de diversas premisas que facilitan la labor del legislador, la cantidad de congresos, jornadas y encuentros de todo tipo e ideologías diversas; la ya abundante bibliografía extranjera sobre el tema. Todo ello hace que pueda reprocharse al legislador una actitud pasiva frente al fenómeno, teniendo en cuenta, por otra parte, que la pasividad también significa una toma de posición en el tema, si se aplica el principio según el cual lo que no está prohibido está permitido.

En los problemas de la filiación, se produce una situación especial en la que un avance científico produce el cambio de las tradicionales estructuras del derecho. Todo el mundo parece estar de acuerdo, en este momento, en la necesidad de una regulación de estos fenómenos, pero quizá el acuerdo no se produce porque se piense que la evolución de la sociedad requiere siempre la respuesta del jurista; sino que el acuerdo parte de una concepción tradicional de la sociedad y el resultado final sería una regulación que prohibiera, admitiera o limitara estas técnicas de reproducción asistida.

"Se nos puede argüir que todo juez debe resolver el caso que se presenta en base al sistema de fuentes establecidas. Ello es cierto, pero basta un ejemplo para demostrar que esta decisión puede ser injusta y producir un perjuicio al hijo: el Tribunal de Niza admitió, en 1976, una acción de desconocimiento de la paternidad, presentada por el marido impotente que había consentido la

inseminación artificial con donante (IAD) de su esposa; si bien es cierto que el juez decidió correctamente en base a la regulación francesa de las acciones de desconocimiento y seguramente no podía actuar de otro modo, lo cierto es que la ausencia de una legislación semejante a la portuguesa o suiza perjudicó al hijo, y todos los autores, sin excepción están de acuerdo en afirmar que el interés más digno de protección es el del hijo"³⁴.

La protección del niño debe considerarse como finalidad esencial de la legislación que regule el uso de estas técnicas, es lógico deducir de aquí que sólo debe permitirse en parejas estables porque sólo ellas están en condiciones de asegurar esta mejor protección.

En este sentido, el desarrollo de la personalidad produce de forma más completa dentro de una familia formada por los elementos padre y madre y no en una familia unilateral, y por ello recomienda que sea la pareja estable, matrimonial o no, la usuaria de estas técnicas; sólo así sería posible obtener el desarrollo de la personalidad del ya nacido. Ahora bien, cuando se habla de este problema, existe una tendencia importante a relacionarlo con el problema de la verdad biológica y el reconocimiento o no de acciones de desconocimiento de paternidad en los casos de inseminación artificial con

³⁴ CONGRESO DE FILIACION. La filiación a finales del siglo XX. España. Servicio Central de Publicaciones del gobierno de Vasco. 1988. 22

donante. En definitiva, las tendencias más conservadoras, aún admitiendo la inseminación artificial, excluiría un elemento distorsionador dentro de la familia matrimonial, el reconocimiento de que los hijos del matrimonio no son genéticamente hijos del marido de la madre.

Por tanto, debe aceptarse, que este tipo de operaciones se realicen tanto en parejas casadas como en parejas estables no casadas. El problema de la prueba de la estabilidad no debe interferir el ejercicio de este derecho, si se considera que la esterilidad es un problema relativo a la pareja y no del matrimonio.

El principio de protección a la familia y su proyección en la protección del nacido con estas técnicas, tienen también efecto en las disposiciones que deberán regular las relaciones entre padres iniciales y los hijos nacidos por este procedimiento. Es evidente que el hijo no debe ser discriminado en razón del origen de su concepción, y, por ello, tiene derecho a tener un padre y una madre conocidos, que sean responsables de su mantenimiento y educación. Y este derecho a tener una familia estable que no difiere del de otros medios, si bien muchas veces resulta difícil de articular comporta que no deba verse sometido a acciones de reclamación de paternidad-maternidad por parte de los donantes de material genético, cuando se trata de IAD o FIV con material de donantes.

Es preciso identificar quienes pueden ser los directamente afectados por las manipulaciones procreativas, cuyos derechos han de ser sopesados para equilibrar la balanza determinativa de la procedencia o permisividad de las mismas.

La primera persona incluida en la pantalla para el examen de cuanto afecta a la reproducción artificial, ha de ser la madre, su función hasta el nacimiento del nuevo ser es doble: de una parte, aporta el óvulo y la mitad de los cromosomas del genoma del futuro ser humano; y de otra, desarrolla a través del embarazo el fruto de la fecundación hasta el alumbramiento. En consecuencia sus derechos y obligaciones con respecto al producto de la fecundación es amplio.

Por otra parte, se puede presentar la problemática de que surjan diversas maternidades; se debe distinguir entre la maternidad única o plena, que existe cuando las condiciones de productora del óvulo y de parturienta coinciden en la misma mujer, lo que anteriormente era imposible que pudiera ser otro modo, y el supuesto contrario, en el que existe una madre genética de la que procede el gameto femenino y una madre fisiológica o gestante, en cuyo vientre se desarrolla el nuevo ser.

Naturalmente, esta duplicidad tiene lugar desde el punto de vista físico, pues pueden existir otras maternidades desde el punto de vista social o jurídica,

tales como la adoptiva o como la destinataria del hijo en la gestación de sustitución.

El padre, la segunda persona que forma parte del proceso reproductor, es el generador del espermatozoide, que aporta la otra mitad de los cromosomas del nuevo ser. Al hablar de él, al igual que de la madre, se hace abstracción aquí de la paternidad social o legal y sólo se hace referencia a la genética.

Sus derechos y obligaciones como los de la madre han de sopesarse a la hora de señalar las fronteras entre los derechos humanos que pueden estar en colisión.

En cuanto a los progenitores se hace referencia a determinados derechos y obligaciones que les corresponden como conjunto y no individualmente; unos son mancomunados y en ellos es necesaria la concurrencia de los dos, otros son solidarios y cualquiera de los progenitores puede asumirlos en su totalidad.

Cada uno de los progenitores tiene un derecho, único e individual, a disponer el destino de su gameto, con la natural excepción en cuanto a la determinación de tal destino por el correlativo derecho que corresponde al producto del otro gameto a aceptar o rechazar tal acto dispositivo. Pero ambos, en todo caso, son solidariamente responsables de la protección del fruto de la fecundación. Y los dos, conjuntamente, deben acordar tanto la reproducción, como determinadas prácticas relativas al fruto de la procreación.

En este orden de ideas, es importante señalar que si bien la mayor parte de legisladores, comités de ética y autores exigen el consentimiento de los dos para determinados actos (como el destino de preembriones) y admite el de uno solo únicamente cuando el otro o no existe, o no puede prestarlo, para las interrupciones voluntarias del embarazo, no se considera para nada la personalidad del padre, aunque esté claramente identificado.

También, otra persona que puede ser perjudicada por ser producto de una inseminación artificial es el hijo, sobre el cual ha de hacerse una doble consideración. La primero derivada del hecho de su existencia como persona humana, de miembro de pleno derecho del género humano, soporte de los derechos fundamentales y de la dignidad inherente al hombre. Como tal, se le debe contemplar dentro del derecho que le asiste a la vida, a la integridad, a la salud y al desarrollo de su personalidad.

El niño ya es miembro completo e íntegro de la raza humana, tiene personalidad jurídica y es sujeto de derechos y obligaciones. Pero el niño, al carecer todavía de madurez en el desarrollo de sus cualidades intelectuales y físicas no ha adquirido todavía la capacidad legal necesaria para ejercitar sus derecho, ni para cumplir sus obligaciones.

El hijo puede verse afectado por la procreación asistida en los siguientes aspectos:

a) Físicos. La manipulación de los gametos y su posible conservación y congelación pueden tener claras repercusiones en la formación del genoma del hijo y cuanto se deriva de sus cromosomas, para su existencia. La predeterminación de su sexo, la selección eugenésica, la adquisición o supresión de malformaciones o enfermedades genéticas, son manipulaciones de las que puede ser objeto.

Las operaciones que se realicen con el embrión, su conservación y anidación, con selección para ello que uno y otro útero, también pueden producir claras consecuencias físicas en el niño.

b) Psíquicas. Además de las derivadas de enfermedades psíquicas de origen físico, el hijo puede sufrir alteraciones en este orden tanto por la reconocida relación psíquica entre la madre gestante y él durante el embarazo, como por su peculiar emplazamiento en el orden paterno-materno-filial. El conocimiento de la forma artificial de su origen y de la identidad y pluralidad de progenitores, puede plantar, sin duda problemas psicológicos de importancia.

c) Sociales. En el orden familiar es indispensable que la posible indeterminación de su estatuto familiar o de sus alternativas, y la creación de unas consanguinidades desconocidas con otros individuos lejanos nacido de la misma manipulación, afectan a su ubicación en el entorno social.

d) Jurídicas. Las relaciones paterno filiales, la posibilidad de ejercitar o no acciones de filiación para la determinación de la biológica o la individualización de los sujetos de la patria potestad, son junto con el conjunto de derechos y obligaciones personales y económicos, *inter vivos* y *mortis causa* derivados de la vinculación familiar, consecuencias jurídicas trascendentes que pueden ser alteradas, creadas o disueltas como consecuencia de la fecundación asistida.

Uno de los temas más discutibles y debatidos que produce la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, es el del acceso de la mujer que no vive en pareja matrimonial o estable. Ciertamente, en el panorama doctrinal la postura mayoritaria es negativa.

Existe una proposición española que en su disposición adicional primera introduce una doble posibilidad: la aplicación de las técnicas a la mujer sola que sea estéril con cargo a la seguridad social; la segunda, permitir a su costa la aplicación de la inseminación artificial con semen de donante.

La fundamentación de este tipo de aplicación residiría en la mutación del concepto tradicional de familia, permitiendo la constitución de una aún más reducida en la que sólo existe, en principio, un componente que ejercería las funciones de padre y madre, la cuestión puede escandalizar a algunos sectores; sin embargo, de hecho ya se produce en la mayoría de las crisis matrimoniales

la mujer asume las funciones de padre y madre al conseguir en muchos casos la guarda y custodia.

Por parte, el Informe Warnock manifiesta que un argumento básico en contra de la inseminación de la mujer sola, es el relativo al bienestar del hijo; una familia consiste en dos padres porque es mejor para el niño. Y Lledó Yagüe al respecto dice: "estimo que en razón al interés del hijo éste tienen un derecho irrefragable a insertarse en una relación familiar completa (maternal y paternal), porque de lo contrario incurriríamos en una valoración utilitarista e instrumental del uso de las técnicas en cuestión, ya que se convierte entonces al hijo en un mero medio y no en una finalidad en sí mismo"³⁵.

"Dominik Vetri entiende que la mujer soltera puede tener un derecho constitucional a procrear y, entonces, cualquier intento de prohibirle la inseminación artificial con donante sería inválido, aunque fuese perjudicial para el interés del hijo. Los autores europeos tienen tendencia a eliminar ese derecho, dando preferencia al interés del hijo, pero sobre todo, sosteniendo que la inseminación artificial no es un sistema de procreación, sino sólo una terapéutica de la esterilidad"³⁶.

³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales. España. Tecnos. 1988. 154

³⁶ SOTO LAMADRID. Ob. Cit. 141

Prohibir la inseminación de la mujer sola y estéril, para algunos parece una verdadera injusticia, porque significaría acentuar su desgracia, frente a quienes si fueron dotadas por la naturaleza de la capacidad de procrear y que pueden realizar, eventualmente, su deseo de ser madre por las vías naturales de la sexualidad, aunque ésta sea extramatrimonial. Hay quienes sostienen, sin embargo, que la mujer sola tiene, al igual que todos, el derecho a procrear, aunque no sufra ninguna disfunción y que lo único que se exige del Estado es que no obstaculice su pretensión.

Tienen también una consideración singular la llamada inseminación *post mortem*, que es aquella que tiene lugar después de que el producto del esperma ha fallecido. Se trata pues, de una inseminación artificial con semen del cónyuge, pero con la característica de que cuando se produce la fertilización el padre genético ha fallecido.

En definitiva, la cuestión es examinar la licitud de producir una inseminación artificial con semen del cónyuge, con su correspondiente determinación de filiación, una vez fallecido el producto del espermatozoide.

En favor de su práctica se aduce, en esencia, el principio de libertad. En contra, se argumentan en primer término las mismas razones antes expresadas de que cualquier maniobra de fecundación artificial tiene que estar limitada por el perjuicio del menor y, en consecuencia, la fertilización que, *a priori*

contempla el nacimiento del hijo en una familia sin padre, impone una limitación que vulnera el derecho del futuro nacido a una doble paternidad.

De otra parte, también se alegan razones de seguridad sucesoria. La posibilidad de continuar fecundando con el mismo semen después del fallecimiento de su productor, hijo que, naturalmente, tendrán los mismos derechos sucesorios que los engendrados antes de la muerte del padre, produciría una inseguridad sucesoria y una indeterminación de la herencia.

Dentro de la inseminación artificial se puede presentar la gestión por sustitución o maternidad subrogada en donde cabe distinguir dos supuestos; la gestión en vientre ajeno con aportación por la gestante del óvulo y gestación por sustitución con aportación por la pareja de los gametos.

En primer lugar, cabe señalar que los contratos que sobre tales materias pudieran celebrarse con ánimo del lucro son nulos. El primer contrato sería igualmente nulo aun cuando fuera gratuito. El segundo sería forzosamente gratuito, por lo que ni la gestante puede reclamar el precio que, en su caso, se hubiese pactado, como tampoco los que contrataron la gestación pueden solicitar la devolución de las cantidades entregadas.

En cuanto a la filiación, podría pensarse que en el primer supuesto, la madre sería siempre la gestante que aportó el óvulo, pudiendo en su caso, si se

reclamase la paternidad y se probase, otorgarla a favor del que aporte los gametos masculinos.

En lo que versa a dicha subrogación los moralistas, al menos mayoritariamente, rechazan la posibilidad de tal práctica y en este rechazo les siguen también algunos juristas y médicos.

Desde luego, todo el mundo se muestra de acuerdo en prohibir la subrogación por cuanto implica una explotación comercial, pero no faltan voces que se inclinan por la admisión en caso de necesidad, esto es, cuando constituya el único medio para que una mujer acceda a la maternidad.

En los Estados Unidos, la opinión más generalizada postula la necesidad de aprobar legislación especial que resuelva las múltiples interrogantes que suscita el contrato de maternidad subrogada. Varios proyectos de ley se han presentado, pero no se conoce que alguno haya sido aprobado. La legislación vigente sobre inseminación artificial no resuelve las cuestiones jurídicas que la maternidad subrogada plantea.

En el Reino Unido de Gran Bretaña: "el Informe Warnock recomendó: a) aprobar legislación que sancione criminalmente la creación o el funcionamiento de establecimientos comerciales que recluten mujeres para servir de madre suplentes o convengan realizar contratos de maternidad

subrogada; b) aprobar legislación que declare ilegal todo convenio de maternidad subrogada y, por consiguiente, inexigible en los tribunales"³⁷.

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

En Francia, el Comité National de Ethique ha rechazado la maternidad subrogada. Ha recomendado que no se modifique la legislación vigente para dar cabida a la misma.

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

En Australia, el estado de Victoria, es el único de aquel país que ha legislado disponiendo la nulidad de un contrato de maternidad subrogada. Es, además, delito castigado mediante la imposición de multa o cárcel, el dar o

³⁷ SILVA RUIZ, Pedro F. "El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler". Revista Judicial. 42. Costa Rica. 1988. 143

recibir, o convenir dar o recibir, pago por ayudar a que se realice un contrato de maternidad subrogada o contratar el mismo.

En Holanda, se estima que el contrato que se estudia es nulo debido a causa ilícita del mismo. Si media el pago del dinero, entonces es contrario al orden público y a la moral.

Para Puerto Rico, el contrato de maternidad sustituta es nulo, por las mismas razones indicadas, precedentemente, para Holanda y Quebec.

La ley sudafricana admite expresamente este procedimiento, atribuyendo el hijo a la madre en cuyo seno fue gestado.

La ley española de 1988 (artículo 10) declara la nulidad de cualquier contrato al respecto, con o sin precio, pero no prohíbe ni sanciona penalmente este procedimiento; establece que la filiación será determinada por el parto.

En cambio, la ley alemana de 1991 sanciona penalmente a quien realice estas prácticas. Por su parte, el informe del Comité de Inseminación Sueco, considera que, a través de estas prácticas, los niños se convertirán en objetos de operaciones comerciales.

Socialmente, esta práctica ha causado problemas más graves en comparación con aquellos derivados de la fertilización por donador o de la fertilización *in vitro*, ya que implica nuevos conceptos de maternidad y comercialización de la maternidad; igualmente existe un cambio de valores que

hacen de una situación natural y noble algo bastante cercano a una compraventa.

Quizá sólo mujeres desesperadas por dinero sean capaces de alquilar su matriz para tales efectos. Resulta pues, que los casos de madres alquiladas son francamente un comercio de niños, y aunque legalmente se intenta disimularlo con la adopción legal por parte de los padres sociales, es en esencia un hecho que degrada tanto a la pareja que lo demanda como a quien se presta a alquilarse. En este punto se detectan las mayores controversias y la falta de adecuada reglamentación.

Por otro lado, desde que se logró el congelamiento de embriones en Australia, en 1984, ésta práctica se ha multiplicado en diversos países. En Francia, por ejemplo, según se informa, hay unos 300 embriones congelados, que en su medio de ázoe líquido esperan el momento de iniciar su desarrollo.

El rechazo al congelamiento de embriones, para su posible utilización futura, implica hacer sufrir a la mujer, en cada ciclo mensual, una extracción de óvulos por celioscopia, que representa un acto quirúrgico, previa estimulación de su función ovárica. Sin embargo, un importante sector de opinión rechaza la posibilidad de congelamiento, sosteniendo, como fundamento, que se trata de un ser humano cuyo proceso de desarrollo vital no puede ser deliberadamente suspendido.

"En México estas técnicas se aplican desde 1986 en clínicas privadas, aun costo menor que en otros países y con las mismas posibilidades de éxito. El procedimiento se hace cada vez más popular no sólo en México sino en otros países latinoamericanos: Brasil, Colombia, Perú, Argentina. Este último y México han sido los primeros en ofrecer estos servicio para el estudio de la infertilidad y esterilidad. Pronto se ofrecerán en países como Panamá".

"El éxito que representa para cualquier país la aplicación de estas técnicas, se refleja en el número de casos que pueden ser resueltos. En México se efectuó por primera vez en octubre de 1986 la técnica combinada GIFT: fertilización in vitro y transferencia de embrión. De ésta nació meses más tarde un niño normal. Hasta agosto de 1988 se habían realizado estos procedimientos en 31 parejas, obteniéndose 14 embarazos"³⁸.

En México, la única disposición legal a este respecto se encuentra en el artículo 466 de la Ley General de Salud que a la letra dice: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos años a ocho años. La mujer

³⁸ Universidad de Guanajuato. Primer Seminario de Bioética. México. 1992. 48

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

C) DE CARÁCTER RELIGIOSO

La iglesia católica, en relación a la fecundación artificial, ha expresado sus puntos de vista, mismos que han sido ratificados en congresos, conferencias y discursos episcopales.

La iglesia católica censura todas aquellas formas de reproducción humana realizadas a través de procedimientos artificiales, permitiendo únicamente éstos cuando sirvan tan sólo como medio para lograr la cristalización de la paternidad, cuando sea el producto del semen y del óvulo de una pareja unidos en matrimonio sin aceptar la ayuda de un donador, bien sea hombre o mujer, ni la inseminación artificial, con cualquier otro fin, ya sea comercial o científico y, no está en contra de estos métodos tan sólo porque sean artificiales; sino porque, van contra la dignidad y el respeto humano, ya que técnicas como la fecundación *in vitro* pueden llevar a manipulaciones genéticas o biológicas.

Dentro de la iglesia, el Reverendo Geoffrey Fisher Arzobispo de Canterbury nombra una comisión en 1945 para estudiar el tema, hombres de medicina y abogados estuvieron incluidos bajo el mandato del Obispo de Londres, esta comisión no encontró ninguna falla con la técnica de la

inseminación artificial, del esposo con la sola inconformidad del doctor W.R. Mathius, el director de San Paulo siguió la opción Romana sobre la inseminación artificial donante, confirmándola en efecto, como adulterio o por lo menos como una conducta inconsciente, más bien, inconsistente con la naturaleza del matrimonio del adulterio tradicional debería considerarse una ofensa criminal. En un subsecuente debate en la casa de Lords, el Arzobispo de Canterbury tomó la misma línea diciendo que la inseminación por dador era errónea en principio y contraria al standard cristiano.

La iglesia protestante por lo contrario, no ha reaccionado fuertemente en contra de la inseminación artificial y muchos protestantes la apoyan. La mejor disposición sobre la cuestión ética desde el punto de vista de un protestante liberal es la de Joseph Fletcher en su obra *Ley y medicina. El acercamiento cristiano y humanista* en este libro es opuesto al censo dado por la religión dogmática autoritaria.

El más completo estudio es el del Reverendo William Kewin en su obra *inseminación artificial entre seres humanos publicada por la Universidad Católica de la Prensa Americana en 1948.*

Este estudio profundo cuyo propósito es el de medir la moral, no menciona una sola palabra sobre las ventajas sociales de la inseminación artificial ya que un buen fin no puede ser logrado por medios pecaminosos, ya

que la ley divina está escrita para siempre y no puede ni requiere ninguna alteración. Todo lo que tiene que hacerse es examinar e interpretar las escrituras sagradas, en esta forma inseminación artificial donante es fácilmente desechada con el sólo hecho de decir que alcanza la categoría de adulterio lo que es pecado.

"En relación a la fecundación artificial, en la alocución de Pío XII ante el Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, del 29 de septiembre de 1949, se condena la fecundación artificial en términos generales. Se parte del principio que por tratarse del hombre, no puede ser considerada ni exclusiva ni principalmente desde el punto de vista biológico médico, dejando a un lado el de la moral y del derecho"³⁹.

En esa alocución se condena sin mayor posibilidad la fecundación artificial fuera del matrimonio, por considerarse pura y simplemente como inmoral y se señala que el hijo concebido en esas condiciones sería, por el mero hecho, ilegítimo. Asimismo; se señala que según la ley natural y la ley divina positiva, la procreación de una nueva vida, no puede ser sino el fruto del matrimonio. Sólo el matrimonio salvaguarda la dignidad de los esposos, su bien personal. Así sólo él, procura el bien y la educación del infante. Sólo los

³⁹ CHAVEZ ASENCIO. Ob. Cit. 26

esposos tienen el derecho recíproco a sus cuerpos para engendrar una vida nueva, derecho exclusivo, imposible de ceder, inalienable y esto debe ser por consideración también al infante. Aquel quien da la vida a un pequeño, ser la naturaleza le impone, en virtud de ser él el procreador, la carga de su conservación de su educación. Pero entre el esposo legítimo y el niño, fruto del elemento activo de un tercero (con el conocimiento del esposo), no existe ningún lazo de origen jurídico, ni moral de procreación conyugal.

En la obra *Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*, editada por la Universidad Pontificia de Comillas, bajo la dirección de Javier Gafo, con el deseo de iluminar a las conciencias cristianas en su capítulo dos se resume al respecto: "La IAC como procedimiento terapéutico, hecha por personal competente y con las garantías debidas, merece una valoración ética positiva; a través de ella se realiza uno de los valores centrales del matrimonio y de la vida humana, como es la procreación que de otro modo quedaría sin realizar en ese matrimonio"⁴⁰.

La procreación asistida no sólo se admite generalmente dentro de ciertos límites, sino que es considerada un importante avance tecnológico para

⁴⁰ ZARRALUQUI SANCHEZ. *Ob. Cit.* 147

remediar la imposibilidad en muchos casos de cumplir ese legítimo deseo tener descendencia, lo mismo en el sentido biológico que en el personal o afectivo.

En Colombia, a comienzo del mes de abril de 1985, la Arquidiócesis de Medellín hizo suya una declaración de los catedráticos de moral en la Facultad de Teología de la Universidad Pontificia Bolivariana, según la cual los científicos están cometiendo ilicitudes que llegan hasta el homicidio, en sus trabajos de fecundación *in vitro*.

En lo referente a la investigación de embriones en la fecundación *in vitro*, la iglesia católica opina que es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como material biológico disponible, porque son seres humanos y sujetos de derechos, su dignidad y derecho a la vida deben ser respetados desde el primer momento de su existencia.

Que el embrión humano tiene los derechos de no ser congelado ni ser sometido a experimentación, de no ser destruido, y de no ser sometido siquiera creado. Toda forma de congelación de embriones humanos viola su dignidad, el embrión engendrado en el laboratorio no puede ser manipulado ni explotado.

Se dice que tampoco es lícito arrebatar un feto o un embrión del cuerpo de la madre para implantarlo en otra mujer por ser contraria a la unidad del matrimonio y a la dignidad de la procreación de la persona humana.

El Papa Juan Pablo II en su encíclica *Evangelium Vitae*, o sea El Evangelio de la Vida, trata este asunto con el número 14, en los siguientes términos:

"También en las distintas técnicas de reproducción artificial, que parecerían puestas al servicio de la vida y que son practicadas no pocas veces con esta intención, en realidad dan pie a nuevos atentados en contra de la vida".

"Más allá del hecho de que son moralmente inaceptables desde el momento en que separan la procreación del contexto integralmente humano del acto conyugal, estas técnicas registran altos porcentajes de fracaso; ésta afecta no tanto a la fecundación, como al desarrollo posterior del embrión, expuesto al riesgo de muerte por lo general en brevísimo tiempo".

"Además se producen con frecuencia embriones en número superior al necesario para su implantación en el seno de la mujer, y estos así llamados, embriones supernumerarios son posteriormente suprimidos o utilizados para investigaciones que, bajo pretexto del progreso científico o médico, reducen en realidad la vida humana a simple material biológico del que se puede disponer libremente"⁴¹.

⁴¹ HERRASTI, Alicia. "Inseminación Artificial y Clonación". El Verdadero Catolicismo. 619. México. 1998. 2

La iglesia católica señala que el plan de Dios, es que un niño nazca de la unión espiritual y corporal de sus padres; esto le da una identidad, modelos de conducta, pertenece a tal o cual familia, sabe de sus abuelos, tíos, primos, de qué raza es, de qué país, etc., lo cual es vital para todo ser humano y esto se ha visto totalmente alterado por los experimentos que desde hace años han permitido lo que llamamos inseminación artificial.

El Episcopado Americano hizo una declaración en la que queda bien claro la condena a los métodos artificiales de inseminación, pues ser sustituta viola la unidad biológica y espiritual del matrimonio, explota al niño como un artículo y a la madre como fábrica de bebés.

En cuanto a la clonación, la iglesia católica señala que: "en seres inanimados, que no tienen alma como plantas o animales, puede representar un avance sensacional al poder mejorar especies y reproducir al gusto los mejores ejemplares, es absolutamente inadmisibles tratándose de seres humanos, ya que la reproducción de la estructura corpórea no contiene una perfecta identidad de la persona entendida tanto en su realidad ontológica, como psicológica".

"El alma espiritual es creada directamente por Dios y no puede ser engendrada por los padres ni reproducida por fecundación artificial ni clonada.

En la clonación es imposible implicar al espíritu que es la fuente de la personalidad"⁴².

El día 10 de marzo de 1987, el Vaticano condenó todas las formas de procreación artificial, como los bebés probeta, la inseminación artificial de mujeres que asumen el papel de madre delegadas, y los experimentos con embriones vivos, pero consideró que son permisibles los diagnósticos previos al parto, siempre y cuando los métodos utilizados garanticen la vida y la integridad de los embriones y de la madre y no sean un medio para inducir posibles abortos.

La posición del Vaticano está contenida en un documento de cuarenta páginas aprobado por el Papa Juan Pablo II, y redactado por la Congregación para la Doctrina de la Fe, guardiana y promotora de la ortodoxia católica romana de la Santa Sede el cual fue publicado en Roma, el 22 de febrero de 1987.

El documento eclesiástico, titulado Instrucción sobre el Respeto a la Vida Humana en sus orígenes y sobre la Dignidad de la Procreación, es lo más importante elaborado por la Iglesia Católica desde que el Papa Pablo VI

⁴² HERRASTI, Alicia. Ob. Cit. 9

promulgó la Encíclica *Humane Vitae*, en 1968 en el cual se prohibió la anticoncepción.

La Santa Sede reitera en el documento que el cuerpo humano no puede ser considerado como un simple complejo de tejidos, órganos y funciones. Ningún biólogo o médico puede pretender razonablemente decidir el origen y el destino de los hombres en nombre de su competencia científica.

Los dos principios básicos del nuevo documento del Vaticano recalca que la vida humana comienza en el instante de la concepción y que cualquier procreación lograda fuera de las relaciones sexuales normales entre esposo y esposa, no es moralmente permisible.

La Santa Sede en su declaración solicita igualmente sanciones penales para prohibir que seres humanos, aunque estén en estado embrionario, puedan ser tratados como objetos de experimentación, mutilados o destruidos con el pretexto de que han resultado superfluos o de que son incapaces de desarrollarse normalmente.

También insta a las autoridades a vigilar las nuevas técnicas biomédicas, porque la aplicación no controlada de las mismas podría desembocar en consecuencias imprevisibles y perjudiciales para la sociedad civil.

Igualmente exhorta a los gobiernos a prohibir los bancos de espermatozoides y de embriones y la maternidad de mujeres sustitutas.

Todas estas técnicas, en caso de realizarse sin control alguno, podrían conducir a un sistema de eugenesia radical, es decir, al intento de mejorar la especie humana mediante el control de los factores hereditarios. Esto constituirá un acto de violencia y un grave delito contra la igualdad y dignidad de los derechos fundamentales de la persona humana.

El documento recuerda que la transmisión de la vida humana ha sido confiada por la naturaleza a un acto personal y consciente y como tal está sujeta a las leyes sagradas de Dios, leyes inmutables e inviolables que deben ser reconocidas y respetadas.

Una parte importante del documento está dedicada a la fertilización in vitro. Sobre este aspecto precisa que la persona concebida deberá ser el fruto del amor de sus padres. No puede ser querida ni concebida como el producto de una intervención de técnicas médicas y biológicas. Esto equivaldría a reducirlo a ser objeto de una tecnología científica.

En cuanto a la maternidad subrogada se señala que sustituir la maternidad, en la cual el vientre de la mujer es usado para transportar el óvulo fertilizado de otra pareja, es inmoral porque divide los elementos físicos, morales y psicológicos de la familia.

La iglesia entiende a las parejas estériles, pero desea que ellos comprendan que el matrimonio no confiere un derecho automático a tener un niño, que es el regalo supremo de Dios.

Destaca el documento que es inmoral producir embriones humanos destinados a ser explotados como material biológico disponible y que los investigadores que producen embriones humanos usurpan el lugar de Dios, pues determinan arbitrariamente a quién permitirán vivir y a quién mandarán a la muerte, eliminando seres humanos indefensos.

Finalmente, la iglesia católica, en desarrollo del Primer Simposio Nacional sobre Biogenética Humana y Teología, reunido durante el mes de julio de 1987, acogió plenamente el documento de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre el respeto a la vida humana naciente y la dignidad de la procreación.

La congregación y el simposio expresaron que la mujer que lleva la gestación de un embrión, implantado en el útero, que es genéticamente ajeno y obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño después de nacer, a quien ha encargado o contratado la gestación, comete una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal y de la maternidad responsable.

El simposio también analizó las experimentaciones que en el campo de la ingeniería del gene vienen realizando científicos colombianos y cuyas prácticas tienden a generalizarse, siendo, a la luz de la revelación, moralmente ilícitas, pues según la sagrada congregación, los científicos están ocupando el lugar de Dios y aunque no sean consciente de ellos, se hacen señores del destino ajeno.

La iglesia es contundente en determinar que es moralmente ilícita la fecundación de una mujer casada con el esperma de un donador distinto a su marido, así como la fecundación con el esperma del marido de un óvulo no procedente de su esposa.

De manera análoga la condena a estos avances científicos se hace extensiva a la fecundación artificial de una mujer no casada, soltera o viuda, sea quien fuere el donador. Con relación a la fecundación artificial homóloga, la iglesia por conducto de los Tribunales Eclesiásticos, ha considerado que el origen del ser humano es el resultado de una procreación ligada a la unión, no sólo biológica, sino también espiritual de los padres y, por lo tanto, una fecundación fuera del cuerpo de los esposos queda privada, por esa razón, y por los valores que se expresan mediante el lenguaje del cuerpo, en la unión de las personas.

Al reclamar una mayor humanización de la medicina, los prelados católicos participantes en el simposio de biogenética humana exigieron el respeto integral de la dignidad humana.

CAPITULO IV. LA SITUACIÓN JURIDICA DE LA FILIACIÓN DE LOS HIJOS CONCEBIDOS MEDIANTE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Difícil es reconocer, y más aun aceptar, la existencia e incidencia de esta problemática concepcional; admitir y conciliar una solución legal, parece todavía más distante. La transferencia artificial de semen en seres humanos, como conflicto jurídico es aún impenetrable; los ordenamientos tanto civil como penal no la contemplan; la jurisprudencia y la doctrina jurídica mexicana la pasan por alto o de largo; y la costumbre la repudiaría antes de tratar siquiera entenderla. Sin embargo, hay que percatarse de que el cambio de las condiciones sociales de la vida moderna, impone la necesidad de renovar la legislación y el derecho civil, no puede permanecer ajeno a la transformación que la sociedad humana experimenta, porque se corre el riesgo de quedarse estancado ante el constante proceso de la transformación humana.

Bajo tal perspectiva, resulta comprensible deducir que, el desconocimiento y vacío del Derecho Civil, del nuevo quehacer biológico, engendra de modo inevitable, oscuridad e incertidumbre ante la conducta tomada por los copartícipes en el procedimiento inseminal. De ahí la necesidad de reformar, adicionar o crear nuevas leyes en las dos ramas principales: la

civil y la penal, para situar al derecho mexicano como verdadero vanguardista dentro de la legislación mundial.

El progreso de la ciencia en el campo de la fertilización y de las nuevas formas de procreación humana en el género humano ha planteado problemas jurídicos en diversas ramas del Derecho; muy especialmente, en el Derecho de Familia y, dentro de éste, en las normas que rigen la filiación.

Según el sistema jurídico tradicional que aún rige, la filiación se basa en un dato de hecho: el vínculo biológico. Puede haber casos en que haya un vínculo biológico sin que exista un nexo jurídico filial: cuando un hijo es procreado fuera de matrimonio y no se puede determinar quién es el padre. Pero no se da, según el derecho, el caso contrario; siempre que haya un vínculo jurídico filial, existirá la presunción de un vínculo biológico que lo sustenta.

Toda la reglamentación que el legislador formula sobre la filiación parte de tres postulados fundamentales: 1) cualquier nacimiento es necesariamente fruto de la cópula física entre un hombre y una mujer; 2) la maternidad se determina por el hecho del parto y, por lo tanto, es indudable (*mater semper certa est.*), y 3) la paternidad sólo puede ser conocida a través de la investigación de las relaciones sexuales que la madre ha tenido con el padre durante la época legal de la concepción, ésta se calcula con base en la fecha del nacimiento.

Actualmente, es un hecho real la separación entre el acto sexual y la procreación. Esto puede asumir dos formas: puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas, y puede haber procreación sin conjunción carnal. Asimismo, un niño puede nacer de una mujer que no sea su madre desde un punto de vista genético, cuando un óvulo ajeno fecundado, es implantado en el útero de aquella que dará a luz.

Los abogados, los legisladores y los jueces se encuentran perplejos ante realidades para las cuales el derecho mexicano todavía no tiene respuestas. Existe una corriente de pensamiento que postula como la mejor solución el silencio de la ley, es decir, dejar que sea la conciencia de cada individuo la que regule sus situaciones personales en el terreno de la procreación. Mientras otra corriente de pensamiento manifiesta que esto no es aceptable, porque los conflictos surgidos entre los particulares llegan a los tribunales, tal es el caso de Estado Unidos donde se han presentado diversos juicios que tienen que ver con las técnicas de inseminación artificial, país en el que se ha legislado al respecto, toda vez que un juez no puede dejar de fallar por falta u oscuridad de la ley; este es un principio jurídico, establecido en el artículo 18 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual dice: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia". La ley puede tener lagunas y las tiene, pero el

derecho, conjunto de reglas que organizan a la sociedad, no puede tenerlas. Si falta una ley aplicable a un caso, el juez debe recurrir a los principios generales del derecho para solucionar un conflicto.

Las nuevas realidades surgidas del proceso de la biología y de la genética plantean interrogantes que superan todo lo que se hubiese podido prever en la ley; las posibles respuestas pueden llegar a cambiar los principios sobre los que reposa el sistema jurídico mexicano y que se mantienen constantes desde hace siglos.

Ahí donde existe una ley, sea del orden público o del privado, del derecho penal o del civil, hay un bien jurídico protegido, un valor social, moral o material que el legislador desea tutelar.

Hoy en día, además de los bienes jurídicos conocidos, la doctrina jurídica habla de nuevos valores tutelares; así se discute sobre el derecho a tener un hijo, entendido como el derecho que toda mujer tiene de procrear valiéndose de las técnicas que la ciencia pone a su disposición; se habla de un derecho del embrión como un ente susceptible de ser protegido; se encara la existencia de un derecho genético, como el derecho del individuo y de la sociedad a una progenie sana.

Fuera del campo de la doctrina, se cuenta con un conjunto de normas jurídicas que debe regular necesariamente una realidad que se les está

escapando; así, el juez se ve obligado a aplicar viejos moldes a hechos nuevos. Se debe analizar cada uno de los casos propuestos a la luz de las normas jurídicas, y dar la respuesta que, hoy por hoy, sería la correcta según la ley mexicana.

Tradicionalmente, la procreación se entendió como una de las finalidades del matrimonio; este fin es protegido por el derecho en el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal que dispone: "Cualquiera condición contraria a la perturbación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta".

De lo anterior, surge la duda de que sí existe un derecho a procrear, haciendo uso de cualquier tipo de técnica que la ciencia ponga a la disposición de las personas; en otras palabras, si existe el derecho al hijo.

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 4º establece: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos".

Este precepto puede entenderse en un doble sentido: por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear necesariamente como consecuencia de la relación carnal; permite hacer uso de las medidas de

anticoncepción que cada quien libremente determine, según sus convicciones. Pero, por el otro, sienta un principio permisivo para quien decida tener hijos.

De la norma constitucional no se deduce ningún impedimento para que la persona titular del derecho acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o la maternidad. Esto se corrobora en la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, que entró en vigor el primero de julio del mismo año. Esta ley tiene un título dedicado a los servicios de planificación familiar, que se remite expresamente al artículo 4º constitucional en su artículo 67 párrafo 2º; y según el artículo 68 fracción IV de la citada ley, señala que los servicios de planificación familiar comprenden: "El apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana". Por lo que el apoyo y fomento de la investigación en los aspectos de infertilidad humana y biología de la reproducción supone, lógicamente, el de las conclusiones y consecuencias a que tal investigación conduzca.

No obstante, en concreto, los medios de procreación actualmente discutidos no son regulados específicamente por ninguna ley para permitirlos, prohibirlos o limitarlos.

Como ya se mencionó, uno de los tantos problemas que trae consigo las prácticas de inseminación artificial, es el estudio de la filiación, que se ocupa de conflictos derivados de la reproducción humana, concretamente de las relaciones existentes entre reproductores y reproducidos. El Derecho, anteriormente regulaba esta materia concediendo una protección muy preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas, es decir, por el matrimonio. Por el contrario, los hijos nacidos fuera del matrimonio recibían un tratamiento jurídico manifiestamente discriminatorio. Ello respondía a una concepción de la familia carente en ese momento de vigencia social y jurídica. Actualmente, el Código Civil vigente equipara a los hijos no matrimoniales con los matrimoniales y admite la investigación de la paternidad mediante toda clase de pruebas.

El respeto del matrimonio, de la estabilidad familiar, de la paz social, la protección misma de los hijos, ha inducido al legislador a moderar la búsqueda de la verdad biológica, permitiendo que en algunos casos el hecho natural de la reproducción no se plasme en su correspondiente relación jurídica de filiación.

La filiación, en efecto, determina cuestiones que no tienen nada que ver o que tienen que ver sólo parcialmente con la naturaleza, y contribuyen a una determinada organización social: el nombre, los alimentos, la custodia, la educación y la sucesión.

Esta función social de la filiación es tan importante que precisamente es ella la que ha dado lugar a una categoría de filiación, en la que voluntariamente se prescinde de la relación natural derivada de la reproducción para sustituirla por la otra relación manifiestamente artificial (no natural o exclusivamente social), con el fin de que ésta desempeñe la mencionada función ante la incapacidad y/o la negativa de los progenitores naturales para llevarla a cabo. Es el caso de la filiación adoptiva, cuyo significado ha ido creciendo hasta el punto de quedar equiparada con la filiación por naturaleza. El Código Civil para el Distrito Federal reconoce, además de esa filiación no natural (filiación adoptiva), dos clases de filiación por naturaleza: la matrimonial y la no matrimonial, la que se produce en la pareja estable institucionalizada y la que se produce fuera de ella. Se trata de una distinción cuya justificación se encuentra más en la diversa regulación de su determinación legal que en las consecuencias jurídicas de una y otra, puesto que ambas surten los mismos efectos.

No obstante, esa diversidad tiene un carácter secundario (aunque en algunos casos pueda tener una gran importancia), puesto que en ambos casos rige el principio de libre investigación de la paternidad o de determinación de la filiación a través de la búsqueda de la verdad natural o biológica.

Aunque los principios constitucionales con respecto a esta materia y su desarrollo legislativo en el Código Civil para el Distrito Federal han ido actualizándose, sus redactores no tuvieron en cuenta los últimos desarrollos científicos por lo que a la inseminación artificial humana se refiere. Pues bien, las mencionadas técnicas de fecundación asistida han introducido cambios sustanciales que inciden directamente sobre el sentido de la regulación de la filiación actualmente vigente en el país.

La verdad biológica en la que pensaron los legisladores está basada en la generación humana tal y como se produce naturalmente y con carácter exclusivo; la previa realización del coito entre el hombre y la mujer. El coito era la única vía que daba lugar a la fecundación de la mujer por el hombre, al embarazo de aquella y finalmente al parto. A partir de este último se produce la filiación natural y los efectos jurídicos correspondientes. La maternidad natural que el Código Civil considera se produce con el parto. Es madre por naturaleza la mujer que, como consecuencia del embarazo, da a luz, una vez transcurrido el tiempo necesario para la viabilidad del feto. Es padre del neonato el hombre que haya fecundado a la madre por medio del coito; y lo es a partir del parto, es decir, normalmente nueve meses después de que la actuación de la que deriva esa atribución se haya producido. Esos son los contenidos a los que se refiere la

verdad biológica en la que pensaban los legisladores y sobre la que se ha estructurado el sistema de filiación.

En relación con esa verdad biológica (la madre es la mujer que da a luz y el padre es el hombre que fecundó o embarazó a esa mujer, a través del coito), la determinación de la maternidad es fácil (el parto más identidad del hijo) mientras que la determinación de la paternidad es difícil e incierta (coito con la madre que haya provocado su fecundación y posteriormente, el parto en cuestión). De ahí a la necesidad de recurrir a la presunción de la paternidad en el matrimonio y el reconocimiento y a la posesión de estado fuera del matrimonio como títulos principales de determinación de la filiación paterna.

La relevancia del coito radica en que el mismo es la vía natural, normal y hasta hace poco única de inseminar o fecundar el óvulo de una mujer. Lo esencial para el Código Civil en la paternidad natural radica en determinar el hombre de quien procede el semen causante de esa fecundación. El coito se revela accesorio desde el momento en que ese semen puede fecundar también a través de las técnicas de fecundación asistida.

En cambio, lo esencial para el Código Civil en la maternidad natural radica en el parto. Es evidente que los redactores del Código citado no consideraron en que las referidas técnicas de fecundación asistida permitían una disociación entre la madre gestante o biológica y la madre genética

(aquella de quien proceda el óvulo fecundado). De ahí que cuando esa disociación se produzca ello carezca totalmente de relieve en el actual sistema de filiación. Es madre la que da a luz y no la que aporta el óvulo. Ciertamente que ello se debe probablemente a que se partía de la base de que una y otra no podían ser sino la misma persona. Pero el hecho es que semejante presupuesto determinó que el legislador definiera la maternidad natural únicamente en base al parto (y, consecuentemente, a la previa gestión del feto).

Resumiendo, en el sistema de filiación vigente, la paternidad natural se basa en la verdad genética mientras que la maternidad se basa en la verdad biológica y no en la genética. El título de atribución de la paternidad corresponde al hombre que aportó su semen, mientras el título de atribución de la maternidad corresponde a la mujer que dio a luz, no a la que aportó el óvulo.

Sin embargo, de lo anterior se observa, que la nueva realidad social parte de un dato inicial completamente diferente; ahora es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna y se complica con las numerosas variantes posibles que se pueden llegar a presentar, según que los gametos provengan o no de los cónyuges o pareja estable, o que el embrión de la pareja casada o no se transfiera al útero de otra mujer, o la intervención de un tercero llamado donante; éstos son tan sólo algunos supuestos que pueden darse y que necesariamente el derecho tiene que estudiar y analizar para legislar

prohibiendo, permitiendo o limitando éstas prácticas de inseminación artificial humanas que ya están a la orden del día y que cada vez aumenta más el número de dichas prácticas inseminatorias.

4.1. PROPUESTA DE NORMATIVIDAD PARA LA IMPUTACIÓN DE LA PATERNIDAD DE LOS HIJOS CONCEBIDOS MEDIANTE LA INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

A) DURANTE EL MATRIMONIO

En lo que respecta a la inseminación artificial homóloga en el matrimonio; cabe decir, que no se ocasionan conflictos jurídicos al intervenir únicamente el óvulo de la esposa y el semen del marido, existiendo el nexo biológico que une al recién nacido con los cónyuges, presentándose así una filiación matrimonial. Sin embargo, es imprescindible el consentimiento mutuo de los cónyuges que como garantía constitucional se establece en el artículo 4º: "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Lo anterior se reproduce en el artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal, que agrega además: "Por lo que toca al matrimonio este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges".

A pesar de lo anterior y para evitar posibles conflictos jurídicos, es conveniente, que en la inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio

se garantice la obligación del marido, dando su consentimiento para que su mujer sea inseminada y, por lo tanto, consintiendo también la paternidad de un hijo que será producto de una inseminación artificial. Pero ese consentimiento no debe ser tácito, sino expreso y en consecuencia debe constar por escrito, con el fin de dar mayor protección al hijo evitando problemas en el caso de impotencia del marido y se impida que éste desconozca al hijo que se procreó por técnicas artificiales o para evitar el desconocimiento, porque argumente "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" (artículo 325 del Código Civil), o por el adulterio de su mujer en el caso previsto en el artículo 326 del código citado, o para que en el supuesto de que el marido pretenda el desconocimiento de la paternidad legítima que la ley le atribuye, porque no existió cohabitación en el periodo legal de la concepción, la mujer pueda oponerse y ofrecer como prueba la inseminación con semen de su esposo a través de una prueba biológica, aunado al consentimiento por escrito del marido para la extracción de su semen y fecundar a su esposa.

En lo que se refiere a la inseminación artificial heteróloga en el matrimonio, el hijo nacido por ésta técnica debe ser considerado como hijo matrimonial, porque en el caso de la mujer casada que fué sometida a una inseminación heteróloga, es indudable que su hijo será legítimo de matrimonio

por un principio fundamental del sistema jurídico mexicano que está contemplado en el principio latino *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, esto es, es el padre el que el matrimonio indica. Este principio está consagrado en el artículo 324 del Código Civil.

Debe ser considerado como hijo matrimonial, porque la paternidad del marido de la madre se apoya en la voluntad del esposo de asumir el rol paterno, manifiesto a través de su conformidad para el empleo del procedimiento inseminatorio en su mujer con el semen de un donante, y esta intención debe ser recogida por el ordenamiento legal creando un lazo filial paterno; porque aunque se haya acudido para la concepción a la sustancia de un tercero, se observa una voluntad conjunta, la de ambos cónyuges destinada a suplir la imposibilidad biológica del marido y dar vida a un nuevo ser.

De esta voluntad procreativa, el niño tendrá derecho a que se reconozca su vínculo con el esposo de la madre y a conservar dicha relación filial. Entonces, la idea de la inseminación heteróloga dentro del matrimonio con semen de un dador, originaría un sistema de filiación respecto del marido de la madre que se aparta del presupuesto biológico, pero eso no es importante si el esposo de la progenitora es padre porque acepta asumir el rol paterno, permitiéndose así la consolidación de dicha relación en el plano jurídico. En donde el tercero, o sea el donante no adquiere ningún derecho ni obligación

alguna con ese hijo, a pesar de existir un vínculo biológico, toda vez que el donante sólo contribuye con su semen para dárselo a un matrimonio, mas no quiere ni desea asumir la paternidad del hijo, por lo que no debe imponérsele al donante responsabilidad alguna sobre el niño.

Debe ligarse de manera amplia y tolerante con respuestas alternativas para la filiación, permitiendo el uso de las técnicas reproductivas cuando se observe un deseo de asumir la paternidad, en su caso, con responsabilidad y verdadero compromiso hacia el hijo que va a nacer. Sin embargo, es importante establecer límites a las manipulaciones genéticas que atenten contra la dignidad humana.

Es necesario abrir para aquellos matrimonios que, si bien desean tener un hijo con toda la responsabilidad que el caso requiere y son capaces de dar a ese nuevo ser el amor y cuidado que necesita para su sano desarrollo, aunado a que según psiquiatras y psicólogos infantiles señalan que un niño requiere tanto la figura del padre como de la madre.

El marido al tener esa voluntad procreativa da su consentimiento para la práctica inseminatoria en su mujer con semen de un donante y también da su anuencia asumiendo la paternidad de ese hijo. Pero ese consentimiento al igual que en la inseminación homóloga en el matrimonio deber ser expreso y con mayor razón constar por escrito, ya que aquí interviene un tercero que dona su

semen a una mujer casada, en donde su marido no es el padre del hijo que espera, existiendo mayor probabilidad de que el marido quiera en un momento dado desconocer la paternidad al no ser el verdadero padre de ese hijo. Por lo que es necesario señalar que el consentimiento de una inseminación artificial es revocable hasta antes de la práctica inseminatoria, porque después de la inseminación el marido adquiere la paternidad sobre el niño con todas las consecuencias que de ella se derivan. Habiendo el consentimiento del marido, y no habiéndose revocado antes la inseminación de su mujer, no es posible el desconocimiento porque ni la inseminación artificial ni el consentimiento del marido constituye un acto ilícito y además, porque resulta contradictorio que el marido primero de su anuencia a la inseminación heteróloga y luego planteara el desconocimiento del hijo. Y en cuanto al desconocimiento de los herederos si la fecundación se hace con el consentimiento por escrito del marido, ningún heredero podrá contradecir la paternidad, salvo que la fecundación se haya realizado sin o contra el consentimiento del cónyuge muerto.

Por otro lado, si la filiación no sólo se da por la relación biológica, sino también por disposición legal, como en el caso de la adopción donde se presenta la relación jurídica paterno-filial sin procreación biológica podría también aceptarse que figurará en el Código Civil una procreación legal,

cuando en el matrimonio previo consentimiento por escrito del marido se insemine a la mujer con semen de un tercero.

B) FUERA DEL MATRIMONIO

Hoy en día, las respuestas que hasta ahora dan quienes se oponen a las alternativas que da la inseminación artificial, realmente no son del todo convincentes, dado que en la actualidad el matrimonio no ha demostrado ser la institución de sostén del bienestar de los hijos que se pretende; por lo que se debe permitir a los concubinos recurrir a éstas técnicas reproductivas con las mismas limitantes y observaciones propuestas en el inciso anterior, con la diferencia de que en este caso los hijos producto de la inseminación artificial tendrán el carácter de hijos extramatrimoniales.

También debe ser considerado como hijo extramatrimonial cuando no exista el consentimiento expreso del marido para la práctica de una inseminación heteróloga en su esposa. Por lo tanto, la fecundación heteróloga en el matrimonio con semen de un donador llevada a cabo sin consentimiento del marido demuestra que el esposo de la madre no ha tenido la intención de afrontar la responsabilidad paterna; en consecuencia no es posible imputarle una paternidad cuando no existe nexo biológico y tampoco ha querido asumir el vínculo afectivo; el hijo gestado de esta manera tendrá el carácter de extramatrimonial, ya que no es el nexo biológico el respaldo de la filiación

paterna en la inseminación heteróloga con semen de un dador, si no la voluntad de crear un vínculo afectivo y cumplir el rol paterno. Además, al no haber consentimiento expreso del marido para la práctica de una inseminación heteróloga en su esposa, se estaría cometiendo una injuria grave que sería una causal de divorcio.

En cuanto a la maternidad sustituta, debe prohibirse en cualquier circunstancia, y si pese a ello se realiza y hay descendencia, la filiación del hijo nacido de esta forma será determinada por el parto y el hijo será registrado como sin padre, en consecuencia será considerado como hijo extramatrimonial.

Por otro lado, dentro de la inseminación artificial homóloga en el matrimonio ha presentado una problemática en lo que versa a la fecundación post mortem, de que si debe considerarse al producto de esa fecundación como hijo dentro o fuera de matrimonio, ya que con el congelamiento de semen permite que la viuda disponga del semen de su esposo muerto y conciba un hijo sin padre, el cual se considera como hijo nacido fuera de matrimonio, ya que dicha inseminación no rige la presunción de paternidad del artículo 324 fracción II del Código Civil, en virtud de que el hijo nacerá después de trescientos días de la muerte del marido; asimismo, el hijo no podrá alegar derechos hereditarios respecto de su padre, muerto antes de la concepción conforme a lo establecido por el artículo 1314 del Código referido. En

consecuencia, ante la posibilidad de fecundación después de la muerte del marido no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efectos jurídicos entre el hijo nacido por la aplicación de esa técnica de inseminación artificial y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se encuentre en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del esposo. Porque a pesar de tratarse de una concepción genéticamente conyugal sigue siendo jurídicamente extramatrimonial, porque el matrimonio termina con la muerte de alguno de los consortes; además de que se le estaría privando al hijo su derecho a tener un padre, careciendo de la figura paterna que es necesaria para su pleno desarrollo.

C) TEXTO DE REFORMAS Y ADICIONES AL CODIGO CIVIL VIGENTE QUE SE SUGIEREN

"Artículo 324. ... "

"I. ... "

"II. ... "

"III. Los hijos nacidos por inseminación artificial dentro de los términos señalados en las dos fracciones anteriores, siempre y cuando antes de proceder a la práctica inseminatoria medie el consentimiento por escrito del marido autorizando que la esposa sea inseminada".

"Artículo 326 bis. No obstante lo dispuesto en los dos artículos que preceden, en el caso de inseminación artificial no puede admitirse el desconocimiento si se ha realizado con el consentimiento por escrito del marido, tanto si dicho consentimiento se ha prestado para la inseminación con material reproductor del marido, como si se ha prestado para la inseminación con material reproductor de un donante".

"Artículo 328. ..."

"I. ..."

"II. ..."

"III. ..."

"IV. ..."

"V. Si se probare que antes de casarse consintió por escrito que su futura consorte fuera inseminada".

"Artículo 333. Los herederos del marido, excepto en el caso del artículo anterior, no podrán contradecir la paternidad de un hijo nacido dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, 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 tendrán, para proponer la demanda, sesenta días, 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. Pero en el caso de inseminación artificial solamente los herederos podrán contradecir la paternidad, si la inseminación se realizó sin el consentimiento por escrito del marido muerto".

"Artículo 334. ..."

"I. ..."

"II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio. El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye; pero en el caso de inseminación artificial se deberá probar que la inseminación fue realizada sin el consentimiento por escrito del marido".

"III. ..."

"Artículo 334. bis. En el caso de inseminación artificial la filiación del hijo será extramatrimonial, cuando no exista el consentimiento por escrito del marido para la práctica de una inseminación heteróloga en su esposa y cuando la inseminación homóloga sea realizada en la viuda con el material reproductor del marido muerto"

"Artículo 334. ter. El consentimiento por escrito para la realización de una inseminación artificial, solamente es revocable hasta antes de la práctica inseminatoria, porque después de la inseminación, el marido o el concubinario, según sea el caso adquiere la paternidad sobre el hijo con todas las consecuencias que de ella se derivan".

"Artículo 338. No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros; sólo habrá transacción para los casos de inseminación artificial señalados; quedando prohibida la maternidad sustituta en cualquier circunstancia; y si pese a ello se realiza, la filiación del hijo de ésta forma será determinada por el parto y el hijo será registrado como sin padre, generándose en consecuencia una filiación extramatrimonial".

"Artículo 382. ..."

"I. ..."

"II. ..."

"III. Cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre; pero en el caso de que el hijo sea producto de un inseminación artificial heteróloga, solamente la investigación de la paternidad se realizará con el fin de informar sobre los antecedentes clínicos del donante, más no para conocer su identidad, no adquiriendo el donante ningún vínculo filial, derecho u obligación con relación al hijo".

"IV. ..."

"Artículo 383. ..."

"I. ..."

"II. ..."

"III. Los nacidos por inseminación artificial dentro de los términos señalados en las dos fracciones anteriores, siempre y cuando antes de la práctica inseminatoria, medie el consentimiento por escrito del concubinario autorizando que la concubina sea inseminada".

CONCLUSIONES

- PRIMERA .- La inseminación artificial es un fenómeno que surge de un problema social, surgido desde hace tiempo como una alternativa a los problemas de infertilidad y esterilidad que se presenta tanto en las parejas que viven en concubinato como en aquellas que han contraído matrimonio, y que desean tener un hijo acudiendo a las técnicas inseminatorias como un recurso más; antes de optar por la adopción o a resignarse a que nunca podrán ser padres.
- SEGUNDA .- Las técnicas de reproducción asistida han abierto nuevas expectativas y esperanzas a esas parejas para ayudarlas a que se lleve a cabo la procreación, cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces; por lo que la investigación científica y tecnológica continúa su expansión y progreso dando nuevas alternativas.
- TERCERA .- La inseminación artificial ha generado problemas jurídicos, por lo que en diversos países se han tomado cartas en el asunto legislando al respecto; es por ello que México no puede ser la excepción, ignorando éste fenómeno social que

ya se esta viviendo. El derecho mexicano no puede permanecer ajeno a los cambios que esta experimentando la sociedad, para evitar graves consecuencias que irán aumentando al no existir legislación específica que regule esas prácticas inseminatorias.

CUARTA .- El derecho de familia no puede ser la excepción, sobre todo para evitar el mal uso de las manipulaciones genéticas que afectarían la integridad del hijo nacido por inseminación artificial; el cual debe ser protegido por tratarse de un ser indefenso que puede convertirse en una víctima en caso de que la reproducción asistida no sea regulada por una legislación adecuada en la materia.

QUINTA .- Si se presenta una relación jurídica paterno-filial en la adopción, en donde no existe procreación biológica, debe admitirse en la inseminación artificial (ya sea homóloga o heteróloga) dicha relación jurídica paterno-filial; aunque no se presente una relación biológica, siempre y cuando la pareja que vive en concubinato o aquélla que ha contraído matrimonio muestre previamente el consentimiento escrito del marido o concubinario para que se insemine a la mujer.

SEXTA .- Debe ser aceptada la inseminación artificial, toda vez que es un hecho real y, por lo tanto, debe determinarse la filiación de los hijos concebidos de esa forma. Se habla entonces de una filiación matrimonial, si el hijo además de haber nacido en el matrimonio es producto de una inseminación homóloga o de una inseminación heteróloga, siempre que en ambos tipos de inseminación el marido dé su consentimiento por escrito para que a su esposa se le practique dicha inseminación.

SÉPTIMA .- En consecuencia, al dar esa anuencia, está aceptando también la responsabilidad paterna, asumiendo la paternidad del hijo y, por tanto, es su voluntad cumplir con el rol paterno con todas las consecuencias que de ella se deriven. Además, con ese consentimiento expreso se descartaría un posible desconocimiento del hijo por parte del marido, siendo únicamente procedente la revocación del consentimiento hasta antes de que se lleve a cabo la inseminación. Y en cuanto a los herederos del marido, ninguno de ellos podrá contradecir la paternidad si existe el consentimiento escrito del marido muerto.

OCTAVA .- Será una filiación extramatrimonial cuando el hijo sea producto de una inseminación homóloga o heteróloga en parejas que viven en concubinato, así como cuando se trate de una inseminación heteróloga en el matrimonio, y sea practicada sin el consentimiento escrito del marido; en virtud de que el esposo no ha tenido la intención de afrontar la responsabilidad paterna al no querer asumir un vínculo afectivo con el hijo nacido de esa forma.

NOVENA .- En cuanto a la maternidad sustituta, debe ser prohibida en cualquier circunstancia; básicamente porque el hijo es utilizado como un objeto de comercio al celebrarse un contrato entre las personas que intervienen en su concepción, y que muchas de las veces tienen fines lucrativos. Por lo que la filiación del hijo producto de una maternidad sustituta, será determinada por el parto y será registrado como hijo de padre desconocido, considerándose un hijo extramatrimonial.

DÉCIMA .- Si se tratase de una fecundación *post mortem*, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efectos jurídicos entre el hijo así nacido y el marido fallecido; toda vez que el material reproductor de éste no se encuentra en el

útero de la mujer en la fecha de su muerte, además de que independientemente de que se trate de una inseminación homóloga, será jurídicamente extramatrimonial porque el matrimonio termina con la muerte de alguno de los consortes, aunado a que el hijo carecería de la figura paterna privándosele de ese derecho.

BIBLIOGRAFIA

BAQUEIRO ROJAS, Edgard. Derecho de Familia y Sucesiones. (México. Harla. 1990.)

BELLUSCIO AUGUSTO, César. Manual de Derecho de Familia. T. II. (Argentina. Depalma. 1975.)

BERGER STENDER, Jaime. La inseminación artificial. (México. 1975.)

BOSSERT, Gustavo A. Manual de Derecho de Familia. 2ª. (Argentina. Astrea. 1989.)

BOSSERT, Gustaco A. Régimen jurídico del concubinato. 3ª. (Argentina. Astrea. 1990.)

BOTELLA LLUSIA, José. Cuestiones médicas relacionadas con el matrimonio. (España. Científico-Médica. 1966.)

CÁRDENAS DE LA PEÑA, Enrique. Terminología médica. 2ª. (México. Interamericana. 1983.)

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 2ª. (México. Porrúa, S.A. 1992.)

CONGRESO DE FILIACIÓN. La filiación a finales del siglo XX. (España. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno de Vasco. 1988.)

- D' ANTONIO, Daniel Hugo.** Derecho de menores. 3ª. (Argentina. Astrea. 1986.)
- DE IBARROLA, Antonio.** Derecho de Familia. 4ª. (México. Porrúa, S.A. 1993.)
- DE IBARROLA, Antonio.** Estudios Jurídicos que en el homenaje a Antonio De Ibarrola Aznar presenta el colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM. (México. Cárdenas. 1996.)
- DE PINA, Rafael.** Elementos de Derecho Civil Mexicano. V. I. 16ª. (México. Porrúa, S.A. 1989.)
- DORLAND.** Diccionario médico de bolsillo. 24ª. (México. Interamericana. 1993.)
- FASSI SANTIAGO, Carlos.** Estudios de Derecho de Familia. (Argentina. Platense. 1962.)
- FLORES GÓMEZ GONZÁLEZ, Fernando.** Introducción al estudio del Derecho v Derecho Civil. 2ª. (México. Porrúa, S.A. 1978.)
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.** Derecho Civil. 9ª. (México. Porrúa, S.A. 1989.)
- GALINDO GARFIAS, Ignacio.** Estudios de Derecho Civil. 2ª. (México. Porrúa, S.A. 1994.)

- GHERSI, Carlos Alberto.** Derecho Civil. (Argentina. Astrea. 1993.)
- GÓMEZ PIEDRAHITA, Hernán.** Derecho de Familia. (Colombia. Temis. 1992.)
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda.** El derecho a la reproducción humana. (España. Ediciones Jurídicas, S.A. 1994.)
- GONZÁLEZ, Juan Antonio.** Elementos de Derecho Civil. 7ª. (México. Trillas. 1990.)
- GROSMAN, Cecilia P.** Acción de impugnación de la paternidad del marido. (Argentina. Depalma. 1982.)
- HERRERA CAMPOS, Ramón.** La investigación de la paternidad y la filiación no matrimonial. (España. Universidad de Granada. 1987.)
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.** Diccionario Jurídico Mexicano. T. II. 4ª. (México. Porrúa, S.A. 1991.)
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS.** Introducción al Derecho Mexicano. T. I. (México. UNAM. 1981.)
- JIMÉNEZ ORANTES, Montse.** Legislación / Derecho sanitario. (España. JIMS. 1993.)
- LLEDÓ YAGÜE, Francisco.** Fecundación artificial y Derecho. (España. Tecnos, S.A. 1988.)

- MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio José.** El menor ante la norma penal y delitos contra el menor y la familia. (Colombia. Librería del profesional. 1986.)
- MONTERO DUHALT, Sara.** Derecho Familiar. 5ª. (México. Porrúa, S.A. 1992.)
- PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel.** Derecho de Familia. (España. Universidad de Madrid. 1989.)
- PÉREZ DUARTE, Alicia.** Derecho de Familia. (México. Fondo de Cultura Económica. 1994.)
- RAMÍREZ SÁNCHEZ, Jacobo.** Introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil. 2ª. (México. Textos universitarios. 1967.)
- RAMÍREZ VALENZUELA, Alejandro.** Elementos de Derecho Civil. (México. Limusa. 1986.)
- RAMSEY, Paul.** El hombre fabricado. (España. Guadarrama. 1973.)
- ROJINA VILLEGAS, Rafael.** Compendio de Derecho Civil. T. I. 23ª. (México. Porrúa, S.A. 1989.)
- RUANO RODRÍGUEZ, Lucia.** Guía de los derechos de la mujer 1990. (España. Instituto de la mujer. 1990.)
- SEGATORE, Luigi.** Diccionario médico. 5ª. (España. Teide. 1975.)
- SERNA MEROÑO, Encarnación.** La reforma de la filiación. (España. Montecorvo. 1985.)

SIR MACFARLANE, Burnet. Genes, sueños y realidades. (México. Fondo de Cultura Económica. 1980.)

SOTO ALVAREZ, Clemente. Prontuario de introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil. 3ª. (México. Limusa. 1982.)

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. (Argentina. Astrea. 1990.)

TABOADA, Leonor. La maternidad tecnológica de la inseminación artificial a la fertilización *in vitro*. (España. Icaria. 1986.)

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. T. I. (España. Revista de derecho privado. 1967.)

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO. Primer seminario de bioética. (México. 1992.)

VIDAL MARTINEZ, Jaime. Las nuevas formas de reproducción humana: estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español. (España. Civitas, S.A. 1988.)

ZANON MASDEU, Luis. La separación matrimonial de hecho. (España. Hispano Europea. 1974.)

ZANNONI, Eduardo A. Derecho Civil. T. I. 2ª. (Argentina. Astrea. 1989.)

ZARRALUQUI SÁNCHEZ, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales. (España. Tecnos. 1988.)

HEMEROGRAFÍA

- COPERIAS M., Enrique.** “Nuevas formas de nacer”. Muy Interesante. Nº. 3 (México. Provenemex.)
- CORRAL TALCIANI, Hernán.** “Admisibilidad jurídica de las técnicas de procreación artificial”. Revista Chilena de Derecho. Nº. 3 (Chile. 1992.)
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores.** “Innovaciones jurídicas en el campo de la biogenética”. Boletín de la Facultad de Derecho. Nº. 4 (España. 1993.)
- GARCÍA MENDIETA, Carmen.** “Fertilización extracorpórea: aspectos legales”. Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. Nºs 20-21. (México. 1985.)
- GÓMEZ B., Gastón.** “Algunas consideraciones sobre técnicas de reproducción asistida y derecho de familia”. Cuadernos de Análisis Jurídico. Nº. 28 (Chile. 1993.)
- GUTIÉRREZ, Araceli.** “Nuevos caminos para la fertilidad”. KENA. Nº. 157 (México. Armonía. 1996.)
- HERRASTI, Alicia.** “Inseminación artificial y clonación”. El Verdadero Catolicismo. Nº. 169 (México. 1998.)

HURTADO, Javier. “Una aproximación a la inseminación artificial”. Revista Jurídica Jalisciense. Nº. 2 (México. 1992.)

LAMAS, MARTA. “Las feministas ante la tecnología reproductiva”. FEM. Nº. 5 (México. EDICUPES. 1987.)

LEAL DÁVILA, Luis Orlando. “La reproducción artificial humana frente al derecho civil contemporáneo”. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UPB. Nº. 86 (Colombia. Universidad Pontificia Boliviana. 1989.)

MORENO BOTELLA, Gloria. “Algunos aspectos en torno a las nuevas técnicas de reproducción asistida”. Anuario de Derechos Eclesiásticos del Estado. V. VII (España. 1991.)

NARANJO R., Gloria Patricia. “La ley colombiana ante la reproducción asistida”. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la UPB. Nº. 98 Colombia. (Universidad Pontificia Boliviana. 1997.)

PÉREZ TAMAYO, Ruy. “Fertilización extracorpórea: aspectos morales y filosóficos”. Ciencia y Desarrollo. Nº. 65 (México. Alhambra Mexicana. 1985.)

SILVIA RUIZ, Pedro F. “El contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada; la maternidad de alquiler”. Revista Judicial. Nº. 42 (Costa Rica. 1988.)

- SOTO REYNA, Rene.** "Aspectos médico legales de la inseminación artificial en seres humanos". Revista del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Durango. N^os. 20-21 (México. 1985.)
- VENTURA MEJÍA, José Luis.** "La inseminación artificial humana. Aspectos jurídicos". Revista Mexicana de Justicia. N^o. 4 (México. 1990.)
- VILA-CORO, María Dolores.** "Aspectos jurídicos de la fertilización in vitro". Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. N^o. 1 (España. 1985.)
- VILLALOBOS OLVERA, Rogelio.** "Reproducción asistida en humanos". Lecturas Jurídicas. N^o. 83 (México. 1993.)
- ZIPORYN, Terra.** "Inquietudes médico-sociales sobre la reproducción humana artificial". Revista Chilena de Derecho. N^o. 2 (Chile. 1986.)

LEGISLACIÓN

- Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. México. Greca. 1999.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 123 a. México. Porrúa, S.A. 1999.
- Ley General de Salud. México. Sista, S.A. 1999.

APÉNDICE

APÉNDICE 1. GLOSARIO

Anidación. Proceso de fijación del blastocisto en las paredes del útero, que comienza a aproximadamente a la semana de la fecundación y dura alrededor de otra semana.

Anovulatoria. Que no se acompaña del desprendimiento de un óvulo.

Blastocisto. Conjunto de células que resulta de la división del cigoto en el momento de implantación en la pared uterina, etapa que sigue a la de mórula, y en la que las células internas se disponen alrededor de una cavidad central, acumulándose otras en uno de los polos.

Cánula. Tubo que se introduce en un conducto o una cavidad.

Catéter. Instrumento quirúrgico tubular flexible para extraer líquidos o para introducirlos en una cavidad corporal.

Cigoto (o zigoto). Es la primera célula, diploide (con dos pronúcleos), con potencialidad para desarrollar un ser humano, producida por la fecundación de un óvulo por un espermatozoide.

Clon. Individuo idéntico a otro y a un ancestro común que les da origen.

Clonación. Producción de individuos idénticos. Se realiza retirando el núcleo de un óvulo no fecundado y se sustituye por el núcleo de una célula asexual del

organismo adulto que se quiere copiar.

Cromosoma. Es un cuerpo o material hereditario situado en el núcleo de las células somáticas, que contiene los genes. Tienen forma filiforme o parecida a una varilla, aunque luego se hacen más cortos y gruesos. Son pues, los vehículos de la herencia, y su número es constante en cada especie.

Donante. Persona que entrega un gameto suyo o un embrión en interés de otro.

Ecografía. Técnica en la que se utilizan los ultrasonidos para visualizar los órganos sólidos y huecos y las cavidades orgánicas.

Ectogénesis. Producción íntegra de un ser humano, individualizado y autónomo fuera del útero de una mujer, esto es, en laboratorio.

Embrión. Producto de la fusión de gametos humanos, desde la formación del cigoto hasta su transformación en feto.

Escroto. Bolsa de piel que cubre los testículos.

Espermatogénesis. Proceso de formación de los espermatozoides.

Espermatozoide. Célula reproductora o gameto masculino, producida en los testículos, en el epitelio germinal de los tubos seminíferos.

Estenosis. Estrechamiento o estrechez de un conducto.

Esterilidad. Incapacidad natural, definitiva e irreversible, para concebir.

Eugenesia. Aplicación de las leyes biológicas de la herencia al perfeccionamiento de la especie humana.

Fecundación. Fusión del óvulo y del espermatozoide.

Fecundación *in vitro*. Fusión de un óvulo, obtenido instrumentalmente, con un espermatozoide en un recipiente de cultivo.

Fenotipo. Definición que hace referencia a los rasgos externos o morfológicos manifestados por un individuo; por ejemplo, los ojos azules, la forma del cráneo, etc.

Fertilidad. Capacidad de reproducirse.

Feto. El producto de la fecundación en desarrollo en el útero desde la 6^a./8^a. semana del embarazo hasta el nacimiento.

FIV. Abreviatura de fecundación *in vitro*.

FIVTE. Abreviatura de fecundación *in vitro* con la transferencia de embriones.

Folículo ovárico. Estructura de los ovarios en los que se producen los óvulos. Durante la ovulación o por estimulación de la misma, los óvulos maduros salen del folículo roto. Existen aproximadamente 200,000 en cada uno de los ovarios de la mujer.

Gameto. Célula reproductora o germinal. El gameto masculino se llama espermio o espermatozoide y el femenino, óvulo.

Gen (o gene). Unidad básica de la herencia, compuesta por ADN que ocupa un lugar determinado en un cromosoma. Es una secuencia de ADN que origina un producto específico, que determina cada alternativa de un carácter

diferencial. Es una instrucción que será traducida a la realidad por la síntesis de una molécula (proteína) encargada de una misión específica.

Genoma. Código genético particular, distinto e individualizado, de cada ser humano y que cada ser vivo lega a sus descendientes. El genoma humano comprende 3,000 millones de caracteres.

Genotipo. Definición del tipo de genes de un individuo, es decir, la información genética total contenida en los cromosomas de un organismo, y que se refiere a uno solo, o varios o a todos sus caracteres diferenciales.

Gestación. Embarazo de la mujer.

Hibridación. Dícese del ser vivo procreado por dos individuos de distinta especie.

IA. Abreviatura de inseminación artificial.

IAD. Abreviatura de inseminación artificial con donante.

Infertilidad. Disminución o falta de la capacidad para producir descendencia, no indica incapacidad completa para tener descendientes, como la esterilidad.

Inseminación artificial. Introducción del esperma en el aparato genital de una mujer por cualquier medio distinto de la relación sexual.

Inseminación artificial heteróloga. La realizada con semen de varón distinto del cónyuge o del que integra la pareja de la mujer inseminada.

Inseminación artificial homóloga. La realizada con semen del marido o del varón de una pareja.

In vitro. Que se produce u ocurre dentro de un envase de vidrio, observable en un tubo de ensayo, que ocurre o se produce en un ambiente artificial.

In vivo. Que esta situado u ocurre en el cuerpo vivo.

Laparoscopia. Procedimiento instrumental por el cual se introduce en el abdomen un endoscopio (combinación de ocular óptico y luz) que permite la inspección de los órganos internos. Se realiza a través de una pequeña apertura en la pared abdominal anterior. En la FIV, este procedimiento hace posible la extracción de los óvulos.

Maternidad alquiler, subrogada o de sustitución. Es la que tiene lugar en una mujer, por cuenta de otra a la que ha aceptado cederle el hijo después de su nacimiento.

Ovocito. Células inmaduras del folículo ovárico que por un proceso de maduración en varias etapas van a dar lugar al óvulo maduro, con 23 cromosomas, en el momento de la ovulación.

Ovulación. Desprendimiento del óvulo, por ruptura del folículo ovárico, siendo captado por la ampolla de la trompa, iniciando su avance hacia el útero donde puede ser fecundado por el espermatozoide.

Óvulo. Célula reproductora o gameto femenino producida en las células del epitelio germinal de la parte externa de los ovarios.

Paraplejía. Parálisis que sólo ataca los miembros inferiores del cuerpo.

Pre-embrión. Producto de la fusión de gametos humanos hasta su anidación.

Prepucio. Pliegue cutáneo que cubre, como el prepucio del pene.

TE. Abreviatura de transferencia de embriones.

Transferencia de embriones (TE) . Transporte de embriones producidos por fecundación *in vitro*, desde el laboratorio al interior del útero femenino donde se implantan.

Transferencia intratubárica de gametos (TIG O GIFT). Operación consistente en depositar conjuntamente los óvulos recientemente extraídos y el semen (fresco o congelado) en el interior de la ampolla de las trompas de Falopio de una mujer, en la misma intervención quirúrgica de recogida de óvulos, para producir la fecundación.

Trompas de Falopio. Tubo muscular a lo largo del cual el óvulo se traslada desde el ovario al útero, y en el cual, es fecundado.

Vaginismo. Contracción espasmódica del músculo que compone las paredes de la vagina.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

CÁRDENAS DE LA PEÑA, Enrique. Terminología médica. 2ª. México. Interamericana. 1983

DORLAND. Diccionario médico de bolsillo. 24ª. México. Interamericana. 1993

SEGATORE, Luigi. Diccionario médico. 5ª. España. Teide. 1975

APÉNDICE 2. REFERENCIA HISTÓRICA

En el año de 1322, según se lee en el Talmud Hebreo, durante la hégira árabe (primeros treinta años del siglo II), un jeque de Darfur introdujo un copo de lana (otros afirman que fue un manojo de crines) en la vagina de su yegua y lo dejó allí durante toda la noche. A la noche siguiente, valiéndose de la obscuridad, colocó la lona sobre la nariz del caballo reproductor de una tribu enemiga; con este estímulo el caballo eyaculó en una tela que había sido alistada previamente y entonces procedió a depositar en la vagina de su yegua el líquido seminal. Después del tiempo de gestación normal, la yegua parió un potro.

Felipe Theofrasto, conocido como Paracelso, bien entrado el siglo XVI, intentó inicialmente la fecundación artificial sembrando entre estiércol caliente una mezcla de semen humano y sangre menstrual, con resultados negativos. En el siglo XVII el alemán Van Helmont esperó generar ratones reuniendo en una vasija una camisa sucia, pedazos de queso y granos de trigo. A su vez, el

italiano Buonanni predicaba haber descubierto cierta clase de madera que, sumergida en agua de mar, engendraba gusanos que producían mariposas.

En 1660, se tienen noticia de que Malpighi y Bibiena fueron los primeros en intentar sin éxito alguno, la fecundación artificial en gusanos de seda .

En 1725, Jacopi y luego Weltheim parece que obtuvieron la fecundación de los huevos del salmón y de la trucha.

En 1733, Joseph S. Koelzenter en Wurtemberg, experimentó sobre la inseminación artificial en las plantas.

En 1763, Jacobi obtiene alevines de salmón bañado con la lechuga de un macho de los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra. Se trata de la primera fecundación artificial.

En marzo de 1777, el italiano Lázaro Spallanzani nacido el 10 de enero de 1729 en Scandiano, en el norte de Italia, demostró científicamente que no era siempre necesario el acoplamiento de los animales de diferentes sexo para lograr su reproducción, el experimento lo realizó con granos de esperma que contactó con óvulos de rana y sapo sin necesidad de cópula. Prosiguiendo con sus experimentos y ante el problema de determinar la cantidad de semen indispensable para fecundar huevos de animales ovíparos, eligió una perra de la

raza Barbets como sujeto idóneo para su primer experimento de inseminación artificial con animales vivíparos.

En 1785, Thouret logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño. Girault obtuvo nuevos logros en 30 años de intentos.

Para 1791, un científico inglés llamado John Hunter, no tuvo inconveniente alguno cuando consultado por un opulento Lord que padecía de hipospadias, le propuso el método Spallanciano para poder perpetuar su apellido, operación que llevo a cabo el propio cirujano guardando con la noble esposa del cliente todos los miramientos debidos para no alarmar su natural recato, al inyectarle mediante una jeringa y a la temperatura del cuerpo humano, el semen de su propio esposo. Así obtuvo el embarazo que habría de dar el heredero a su cliente.

En 1838, el profesor francés Girault perfeccionó el método inyectando el esperma en el cuello uterino, después de las reglas, mediante una sonda metral que impelía por el extremo opuesto. Él publicó doce observaciones de veintisiete casos experimentados, de los cuales obtuvo resultados positivos en ocho mujeres, a quienes desolaba la esterilidad, y una de ellas obtuvo un embarazo gemelar.

En 1866, Marion Sims, en Norteamérica, ideó la manera de inyectar el semen directamente en el canal cervical; después de varios intentos obtuvo resultados halagadores.

En 1871, Pierre Fabien Gigón, al exponer su tesis recepcional ensayo sobre la Fecundación Artificial en la Mujer, en la Facultad de Medicina de la Universidad de París, expone muchos de los experimentos de su padre, los cuales son verdaderas ponencias sobre inseminación artificial.

En 1884, Pancoast realizó la primera inseminación heteróloga. Desde entonces el nuevo método fecundante ha ido difundiéndose lentamente superando el restringido ambiente pionerístico.

En 1888, la primera tesis recepcional sobre nuestra materia que se da en la literatura médica alemana, aparece en este año y fue definida por Paul Levi, en la Facultad de Medicina de la Universidad de Würzburg, aún cuando ya antes habían aparecido ciertos comentaristas.

En 1890, Robert L. Dickinson, secretamente comenzó a usar donantes en los Estado Unidos, dando también inicio a la inseminación artificial heteróloga. También en 1890, Walter Heap pudo llevar el huevo fertilizado al útero de la futura madre.

En 1899, Dickinson en Estados Unidos realiza la primera inseminación artificial en una mujer con semen de varón distinto del marido.

En 1909, gracias a que el doctor Hard publica sus memorias científicas en la revista Mundo Médico, se tuvo conocimiento de que, en 1884, el profesor Pancoast efectuó la primera inseminación artificial heteróloga sobre una mujer en el hospital Jefferson de Filadelfia.

En Rusia, el profesor de medicina veterinaria Elia Iwanof de la Universidad de San Petersburgo, practicó la inseminación artificial en yeguas, vacas, ovejas, en el año de 1909. Por la misma época realizaron trabajos similares Hoffmann en Alemania; los italianos Brassi y Amantea, así como el fisiólogo japonés Isakawa.

En 1911, Rohleder compiló la literatura médica mundial en la que de 65 tentativas de inseminación artificial, 21 dieron resultados positivos. Así con el transcurrir de los primeros años de comienzo de siglo, los intentos aumentaron y los índices de éxito también se incrementaron. El profesor Cary en Estados Unidos obtuvo 4 embarazos sobre 18 casos, en los que empleó esperma de los respectivos esposos de las pacientes, y 7 sobre 17 en los que empleó esperma de un extraño, lo que en porcentajes se traduce en 22.2% y 47% respectivamente. Estos procedimientos fueron también ampliamente utilizados en la Alemania hitleriana, en Inglaterra y Francia.

El doctor John Rock, padre de la píldora anticonceptiva, comunicó hacia 1940 que había logrado la tentativa de fertilizar un óvulo en el laboratorio. Los medios científicos se mostraron escépticos.

En 1941, la opinión pública norteamericana se sacudió por la publicación del libro *El Estado Actual de la Inseminación Artificial* como se muestra por un *Análisis Reciente*, de los ginecólogos Seymour y Koerner. En su obra, investigación de campo y formulación de datos estadísticos, estos autores ponen de manifiesto la evidente existencia de esta terapéutica humana, al comprobarse la práctica de 9489 inseminaciones en los Estados Unidos, al interrogar a más de 30,000 médicos tanto norteamericanos como europeos lográndose saber a ciencia cierta, que el 97% de las mismas, concluyeron exitosamente.

Entre 1940 y 1945 se desarrollaron y se propagaron en Estados Unidos bancos de semen, que operaban como los de sangre y donde se conserva el esperma procedente de muchos varones valiéndose de congeladores y previa la elaboración de una ficha en la que se establezcan los datos y características biológicas, corporales y psicológicas de los depositantes.

Se afirma que en los Estados Unidos nacieron alrededor de 20,000 niños en 1945, como consecuencia de la práctica de inseminación artificial, los

cuales por sentencia proferida por el juez Henry Greenberg de la Suprema Corte del estado de New York, los declaró hijos legítimos.

En 1949, Roberty Schayshean crea el primer banco de semen. En 1950, Jean Rostand obtiene los primeros resultados favorables de congelación de esperma bovino. En 1953, Sherman obtiene en Estados Unidos los primeros embarazos humanos con semen congelado.

Según Eduardo A. Zannoni, también se computan las experiencias e investigaciones en seres humanos a Menkin (1944), Landium y Shettles (1953), Petrov (1959) y Moricard (1959).

El doctor Daniel Petrucci, un genetista y biólogo italiano, anunció en 1959 que, había logrado fecundar in vitro un óvulo humano y conservar vivo el embrión en desarrollo por 29 días, momento en el cual él mismo lo destruyó porque había empezado a deformarse. Luego informó que, había conservado vivo un embrión humano por 59 días.

Al término de la década de los años 50, se estudia más a fondo el problema de la conservación del material seminal durante cierto tiempo fuera del organismo. Se previenen los factores de consanguinidad masal, la selección rigurosamente dirigida y el transporte de semen conservado a largas distancias, empleando el diluyente de espermas, con fórmula de los científicos norteamericanos Paul Phillips y Glean Salisbury.

En 1960, se da el caso científicamente sorprendente de que investigadores italianos, logran fecundar un óvulo in vitro, al natural, mediante un baño de espermatozoides masculino en condiciones similares al de la matriz humana; se contempló únicamente el estado de la fecundación, más no los posteriores, por no estar técnicamente preparados para proporcionar al huevecillo o gameto ya formado, los requerimientos para su ulterior formación natural.

En 1964, en Escondido California, Robert Graham, inventor de las lentes de contacto plásticas, funda con su amigo el Premio Nobel Herman Müller, el Repertory for germinal Choice o Banco de semen de los Premios Nobel.

El 30 de agosto de 1964, la Agencia France Press dice que el IX Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en la Haya con participación de más de 400 juristas de 54 países, recomendó que las legislaciones nacionales reconozcan la posibilidad del aborto legal y admitan la inseminación artificial homóloga.

Pero fueron los ingleses Patrick C. Steptoe, ginecólogo y Robert G. Edwards, fisiólogo, quienes en 1966 dieron a conocer los resultados de sus experimentos para lograr la fertilización humana extracorpórea, encaminada a favorecer a las mujeres infecundas por ausencia o daño de sus trompas de Falopio.

En 1969, en el Queen Victoria Medical Center de Melbourne (Australia) se inician experimentos de FIV en seres humanos.

En enero de 1972, el doctor Steptoe había anunciado por la BBC que la señora Allen sería la primera mujer del mundo que daría luz a un hijo concebido en una probeta. Este programa televisivo levanto una enorme polémica. Científicos de talla escribieron cartas al Times previniendo a la opinión pública sobre estos biólogos cultivadores del hombre. Otros, por el contrario, defendieron la existencia de una ciencia sin fronteras.

Entre tanto en los Estados Unidos al año de 1973 existen nueve bancos de semen congelados, sin carácter comercial, vinculados a hospitales universitarios y a clínicas. Igualmente van en auge los bancos comerciales de semen.

En 1974, Douglas Bevis, ginecólogo de la Universidad de Leeds en Inglaterra, anunció que había logrado implantar exitosamente óvulos humanos, fecundados en probetas, en el útero de tres señoras que dieron a luz niños sanos. Pero él rehusó la identidad de las señoras y de los niños para proteger su privacidad. Cuando hizo el anuncio dicho investigador, las criaturas tenían ya entre ocho meses y un año.

El 25 de junio de 1978, por primera ocasión, se escuchó el grito que anunciaba el mundo del futuro. Louise Joy Brown, hija de Lesley y Gilbert

Brown, matrimonio de Bristol, Inglaterra, nacida por cesárea en el hospital inglés de Oldham Mumps, cerca a Manchester, ofrece un testimonio vivo de la ciencia de fines del siglo XX. Había nacido la primera niña-probeta y comenzaba una nueva era de la biotecnología y del conocimiento de la reproducción humana. Los autores y responsables científicos del hecho: Patrick Steptoe y Robert Edwards.

La Unidad Press Internacional, en octubre 13 de 1978, informa que los médicos de Chicago, Randolph W. Seed y su hermano Richard, descubrieron una técnica para pasar un embrión del útero de una mujer al útero de otra, sin recurrir al procedimiento quirúrgico. Es una transferencia de embriones como replica de la inseminación artificial con semen de donante.

En los últimos diez años, a partir del primer nacimiento del bebé probeta, han nacido más de 2,000 criaturas probetas y su número va creciendo logarítmicamente conforme la técnica que se aplica en las diversas partes del mundo.

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

En diciembre de 1980, en Illinois (U.S.A.) tiene lugar la primera maternidad de alquiler, cuya protagonista fue Elizabeth Kane.

En 1980, Robert K. Graham, un hombre de negocios de California, comenzó a reunir semen de sabios ganadores de Premio Nobel y a ofrecerlo a mujeres jóvenes con alto coeficiente intelectual.

El doctor Richard Levin, de la ciudad de Lovisville, Kentucky, fue la primera persona en organizar contratos de maternidad sustitutiva, al abrir, en 1980 una Asociación de Maternidad por Sustitución (Surrogate Parenting Associates). El doctor Levin acepta, para el servicio de madres delegadas, sólo a señoras casadas que ya tengan sus propios hijos. Firman un contrato por el cual ellas se obligan a entregar el niño cuando nazca y a abstenerse de fumar, de tomar licor y de ingerir drogas durante el embarazo. La pareja y la madre por encargo nunca se encuentran cara a cara y nunca conocen mutuamente sus nombres.

Por lo que toca a México, en 1980, cabe mencionar que la inseminación artificial experimental o empírica, se practica aproximadamente desde 1940, siempre circunscrita a la ganadería, por lo que la Secretaría de Estado correspondiente, a partir de 1950, ha venido integrando centros de inseminación artificial en colaboración con las principales entidades de la República Mexicana, destacando de modo especial El Centro Nacional de Inseminación Artificial (C.N.I.A.), ubicado en el paraje denominado Palo Alto a la salida de la carretera a Toluca, toda vez que dicho centro, ha extendido sus

experimentos a animales porcinos, caprinos, ovinos, gallinas y guajolotes, además de estar realizando ya trasplantes quirúrgicos de óvulos fecundados en vacas.

En 1982, el Comité de Ética del Queen Victoria Medical Center de Melbourne aprobó la donación de un óvulo anónimo para ser fecundado con el esperma del marido de la futura madre gestante.

En 1982, nació el primer niño socialista de probeta, con intervención de profesores de la Facultad de Medicina de Brno, en Checoslovaquia.

El primer fruto de un experimento eugenésico con semen de sabios ganadores de Premio Nobel, nació en Chicago en abril de 1982. Luego, otro inusitado banco de semen se abrió en Oakland, California, en 1983.

Es administrado sólo por mujeres y está dedicado a alcanzar los ideales feministas. Su meta es servir a todas las mujeres sin distinción de raza, estado genético u orientación sexual.

En 1982, el gobierno británico a raíz del nacimiento del primer bebé probeta creó un Comité Investigador, cuya labor concluyó con el Informe Warnock sobre fertilización y embriología humanas, publicado en julio de 1984.

También, a comienzos de 1982, Robert Edwards y Patrick Steptoe, los pioneros británicos en la investigación de la fecundación, anunciaron que

planeaba congelar embriones sobrantes para uso posterior por parte de la madre natural o para donación a señoras estériles. Si se logra congelar y almacenar por un buen período de tiempo un número importante de embriones, ya tendríamos bancos embrionarios. Así informó la Associated Press, en junio 28 de 1982.

En 1983, nace en Inglaterra Clare Fareswaw, primer bebé gestado in vitro por un matrimonio mixto: una inglesa rubia y un jamaiquino negro.

En diciembre de 1983, Corine Parpalaix reclama ser inseminada con el semen congelado de su difunto esposo Alain, depositado en un banco de semen. El tribunal de Cretenil autorizó el uso post-mortem de dicho esperma.

En 1984, en el Instituto Dexeus de Barcelona, nace Victoria Ana, primer nacimiento español con FIV. En ese mismo año, en Australia nace Zoe, de un embrión congelado, con intervención del doctor Woode, en el Queen Victoria Center de Melbourne.

En 1984, en California, nació Daron Blake, niño procreado con semen de un donante Premio Nobel.

Una bebé de probeta nacida en América Latina fue Carolina Herrera, venezolana, pero la fecundación se hizo en los Estados Unidos, como ocurrió con Dolores Aceto en 1984, primera niña nacida en la Argentina por

fecundación extracorpórea, aunque el tratamiento se hizo en un laboratorio de Houston, Texas.

En enero de 1986, en Nueva Orleans nace Justin, niño nacido con el sexo preelegido, con asistencia del doctor Steven Taylor. En abril de 1986, un equipo de médicos y biólogos de la Universidad de Flinders, en Adelaida (Australia) consiguió el primer embarazo a partir de óvulos congelados. También en 1986 nacieron en la Argentina Pablo y Eliana de la Ponte, primeros mellizos gestados in vitro en el país.

En marzo de 1987, el juez Harvey Sorkow de Hackensack (New Jersey, EE. UU.) dictó sentencia en el caso Baby M. dirimiendo la eficacia de un contrato de maternidad de alquiler, por un precio de diez mil dólares, confiando la niña nacida el 27 de marzo de 1986, al matrimonio Stern, en contra de la madre gestante Mary Beth Whitehead. En febrero de 1988 la Corte Suprema de New Jersey, en el caso Baby M. revocó la sentencia del juez Sorkow declaró nulo el contrato de maternidad de sustitución y confió la custodia de la niña al señor Stern, su padre biológico.

BIBLIOGRAFIA ESPECÍFICA

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho. 2ª. México. Porrúa, S.A. 1992. 35 y 36

LEAL DÁVILA, Luis Orlando. "La reproducción artificial humana frente al Derecho Civil contemporáneo". Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. 86. Colombia. Universidad Pontificia Boliviana. 1989. 66-78

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. Argentina. Astrea. 1990. 35

ZARRALUQUI SÁNCHEZ, Luis. Procreación asistida y derechos fundamentales. España. Tecnos. 1988. 19-21

APÉNDICE 3. TÉCNICAS DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Las técnicas de reproducción asistida se deberá realizar solamente:

- a) Cuando haya posibilidades razonables de éxito y no entrañen riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia.
- b) En mujeres de edad y en buen estado de salud psicofísica si las han solicitado y aceptado libre y conscientemente y han sido previa y debidamente informadas sobre ella.

Además, deben recibir información y un asesoramiento suficiente quienes deseen recurrir a estas técnicas así como los donantes. Se deberá constatar la aceptación de la realización de las técnicas y la receptora podrá pedir en cualquier momento la suspensión. Finalmente se elaboran historias clínicas individuales, reservadas y con estricto secreto de la identidad del

donante, de la esterilidad de los varones y de las circunstancias en el origen de los así nacidos.

Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana y se transferirá al útero sólo el número de preembriones considerado científicamente como el más adecuado para asegurar un embarazo razonable.

Aunado a lo anterior, según algunas leyes de reproducción asistida de países que han reglamentado éstas técnicas, señalan que: toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la ley siempre que:

1. Haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresamente y por escrito.
2. Deberá tener al menos, 18 años.
3. Plena capacidad de obrar.
4. Si estuviera casada, se precisará además el consentimiento del marido, a menos que estuvieran separados por sentencia firme de divorcio o separación, o de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.
5. La elección del donante es responsabilidad del equipo de médicos. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar.

Asimismo, señalan que la terapéutica a realizar en preembriones in vitro o en preembriones, embriones y fetos en el útero sólo se autorizará si cumple los siguientes requisitos:

- a) Que la pareja o, en su caso, la mujer sola, hayan sido rigurosamente informados sobre los procedimientos, investigaciones diagnósticas, posibilidades y riesgos de la terapéutica propuesta y los hayan aceptado previamente.
- b) Que se trate de enfermedades con un diagnóstico muy preciso, de pronóstico grave o muy grave, y cuando ofrezcan garantías al menos razonables, de mejoría o de solución del problema.
- c) Si no se influye sobre los caracteres hereditarios no patológicos ni se busca la selección de los individuos o de la raza.

La fecundación artificial se basa en realizar algunas técnicas que pueden clasificarse en tres grupos según el objetivo que persiguen:

- a) Extraer y conservar gametos condicionados para fusionarse y producir una fecundación.
- b) Poner en contacto gametos en un lugar adecuado para que se produzca la fusión y por tanto la fecundación.
- c) Conservar adecuadamente e instalar cigotos en un medio que permita la anidación.

Dentro del grupo "a" se inscriben las maniobras de extracción de óvulos dispuestos para la fecundación, la obtención de semen por eyaculación controlada y los bancos de semen.

Dentro del grupo "b" se inscriben la inseminación artificial (IA) sea IAC o IAD, la fecundación in vitro (FIV) y la transferencia intratubárica de gametos (TIG).

En el tercer grupo se inscriben los bancos de embriones y la transferencia de embriones (TE). Para realizar la fertilización in vitro son necesarias cuatro fases:

- a) Estimulación de los ovarios para desarrollar en ellos múltiples folículos de los que hay que extraer el máximo de óvulos (suele durar diez días en los que se administra a la mujer fármacos para favorecer el crecimiento de los folículos).
- b) Punción de los ovarios para extraer de ellos los ovocitos. Antes esta fase se llevaba a cabo mediante anestesia general y laparoscopia requiriendo ingreso de la mujer en la clínica. Actualmente se realiza en casi todas las clínicas del mundo de forma ambulatoria, con sedación utilizando una aguja para la aspiración de los ovocitos, que se guía con el ecógrafo.
- c) Fertilización de los ovocitos. Esta fase es toda de laboratorio. Consiste en la unión, en un medio adecuado, de los espermatozoides con los ovocitos para

intentar conseguir el máximo de embriones. Se sabe que los ovocitos se han fertilizado cuando comienzan a dividirse.

d) Transferencia de embriones a la madre.

Una vez conseguidos los embriones en el laboratorio, se introducen estos a través del cuello uterino, con ayuda de una cánula, en el interior del útero. Normalmente no se transfieren más de cuatro embriones. El resto se congelan para futuras transferencias. Ya sólo queda esperar a que se produzcan la ausencia de la regla y confirmar la gestación intrauterina, si es que el procedimiento no ha fracasado. Recientemente se comenzó a emplear un nuevo método: la transferencia intratubaria de gametos (TIG o GIFT, por sus siglas en inglés), técnica que fue ideada por el médico argentino Ricardo Ash, y que consiste en captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y, al mismo tiempo, el esperma del marido. En la misma operación se colocan a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y se introducen en cada una de las trompas de falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Si todo transcurre normalmente, los espermatozoides penetran en uno o más óvulos formándose el embrión. Este descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer. Este método de reproducción asistida

(TIG), es practicado actualmente en los principales países del mundo y consta de los siguientes pasos:

- Selección de las parejas candidatas. Debe de tratarse de personas sanas con un funcionamiento hormonal normal y cuya causa de infertilidad sea desconocida o no diagnosticada. Es necesario que la mujer tenga por lo menos una de sus trompas de falopio en funcionamiento.
- Estimulación hormonal de la mujer para la producción de más óvulos.
- Extracción de los óvulos en el período indicado.
- Transferencia inmediata de éstos, vía quirúrgica, a la trompa de falopio junto con los espermatozoides masculinos previamente preparados.
- Una vez juntos, se espera que de forma espontánea se produzca la concepción.
- Ya fertilizado, el óvulo descenderá de la trompa al útero, en el cual se anidará para su desarrollo.

Las ventajas que ofrece son:

Dada su naturaleza, la transferencia intratubárica de gametos es un procedimiento más corto que el de la fertilización in vitro, y en promedio suele ser más barato y menos dramático. La técnica (TIG), prácticamente no ha variado desde su creación y su tasa de éxitos sigue siendo de las más altas.

Existe una variante conocida como ZIFT (Zigote Intra Fallopian Transfer) la

cual es una combinación de TIG e in vitro, pues se transfiere el embrión, es decir el óvulo ya fecundado, no a la matriz como lo hace la técnica in vitro, sino a la trompa de falopio, lugar en el que se realiza la concepción normalmente. En 1983, según una nota periodística, científicos de la Universidad Californiana de Harbor, en los Estados Unidos, anunciaron que por primera vez en la historia, ha sido posible transplantar, embriones humanos de una mujer a otra. La técnica consiste en depositar el espermatozoides del futuro padre, en el útero de la mujer que se ofrece para donar su óvulo y retirar éste, días después, ya fecundado, con ayuda de una solución salina. Luego se le traslada al útero de la receptora. Este método, que ya ha sido bautizado como adopción prenatal, tiene la ventaja de que no requiere intervención quirúrgica, como en el caso de fertilización en el tubo de ensayo.

Se trata pues, de una inseminación artificial heteróloga seguida, después de constatada la fecundación, de un lavado uterino con transferencia del cigoto al útero de la mujer que pretende continuar el embarazo y reconocer como propio el niño.

El programa IVF-ET incluye cuatro pasos en su desarrollo:

a. Desarrollo de folículos ováricos. Se utiliza un medicamento llamado Citrato de Clomifene (Clomid-Omifin-Serophin) o en otros casos HMG (Pergonal-Pertisol). Estos medicamentos se emplean normalmente para reducir o

estimular el desarrollo folicular ovárico con el fin de que se presente la ovulación.

Actualmente se emplea una dosis de una tableta diaria de Citrato de Clomifene. Aún cuando la mujer ovule normalmente, el medicamento se utiliza para estimular el desarrollo de más de un óvulo, con el fin de tener más de un folículo que aspirar en el momento de la recolección del mismo. De esta manera, existe mayores posibilidades para que se logre una fecundación y un desarrollo normal en el laboratorio al contar con dos o tres óvulos. El medicamento no es perjudicial y ha sido utilizado por más de diez años para el tratamiento de la infertilidad en mujeres anovulatorias. No hay aumento en la incidencia de defectos ni anomalías congénitas ni de abortos espontáneos con el uso de dicho medicamento.

Después de estas drogas, se da un segundo medicamento en inyección: se trata de la gonadotropina coriónica humana HCG (Pymogonil). Es necesario que la HCG se administre en el momento apropiado del desarrollo folicular para que se logre la maduración y el óvulo se prepare para ser recuperado. Sin el uso de este medicamento, sería muy difícil evaluar el momento de la ovulación y la madurez de los oocitos. Como ya se dijo, este medicamento también ha sido utilizado por mucho tiempo y no ha producido efectos secundarios ni aumento en la incidencia de defectos congénitos.

El tratamiento con Citrato de Clomifene se inicia a partir del quinto día del ciclo durante cinco días. El tratamiento con HCG según esquema que elabore el director del programa. Los esquemas podrán sufrir algunas modificaciones de acuerdo con el crecimiento folicular. Se hará un control ecográfico a partir del día diez del ciclo según horario indicado. La mujer irá al examen con la vejiga llena; para ello, deberá tomar 48 onzas de líquido media hora antes de la cita. La ecografía es inocua: no se han producido efectos adversos ni en los oocitos ni en los embriones en desarrollo. Se utiliza con mucha frecuencia en el embarazo desde las dos o tres semanas de gestación hasta el parto. No se han presentado casos de anomalías o defectos congénitos por el uso de la ecografía.

Una vez que el foliculo haya alcanzado el tamaño preestablecido de 20mm. o más se le ordenará aplicarse la hormona HCG previa a la aplicación de la inyección se le extraerá sangre en cantidad aproximada de 40 a 50cm. (suero) que servirá de nutriente en el cultivo embrionario, 36 horas después del HCG se le practicará la laparoscopia para aspirar el óvulo o los óvulos, continuándose hasta el momento de la laparoscopia con los controles de ecografía.

En algunos casos especiales y a juicio del director del programa se practicarán una serie de estudios hormonales.

b. Laparoscopia de aspiración de los óvulos. Se hospitaliza dos ó tres horas antes de la intervención. La paciente deberá guardar ayuno completo durante las doce horas anteriores al procedimiento.

Ya en la clínica, será llevada a la sala de cirugía en donde el anesestesiólogo la pondrá bajo anestesia general para que se le pueda practicar la laparoscopia que será similar a la o las que ya se le hayan hecho. Será un procedimiento de corta duración. El laparoscopio se introduce a través de una pequeña incisión de bajo del ombligo y se hacen dos punciones adicionales para el sistema de aspiración de los óvulos y las pinzas de sostén. Durante la laparoscopia se aspiran los óvulos que luego, se envían al laboratorio para su cultivo y fecundación. Después del procedimiento, será llevada a la sala de recuperación en donde permanecerá por unas horas. Se le dará de alta a las dos o cuatro horas cuando esté totalmente recuperada.

c. Cultivo de los oocitos. Capacitación de los espermatozoides y fecundación. Una vez que los óvulos llegan al laboratorio, se colocan en un medio líquido especial en donde permanecen de cinco a seis horas en incubadora. Dos horas antes de la laparoscopia se necesita obtener una muestra de semen, se lleva al laboratorio donde los espermatozoides se lavan, se incuban y permanecerán en la incubadora durante unas cinco o seis horas. Transcurrido este tiempo se sacan los óvulos y los espermatozoides para ser aplicados, éstos (inseminación

al óvulo); 16 a 19 horas después se observa bajo microscopio si se ha logrado la fecundación, si ésta se ha logrado se transfiere el huevo a otro medio especial de cultivo donde estará durante 22 a 24 horas momento en el cual se debe observar la formación del embrión cuatro o más células y estará entonces listo para ser transferido al útero.

d. Transferencia embrionaria. Si los óvulos se han desarrollado normalmente el médico le pedirá a la paciente que vuelva a la clínica. Para la transferencia embrionaria, tendrá que colocarse en la misma posición que para una citología. No se requiere anestesia. El embrión o embriones se transfieren al útero a través de un catéter muy fino que se ha colocado por el cuello uterino. El procedimiento es indoloro. Deberá permanecer acostada durante 24 horas después de la transferencia embrionaria. Transcurrido este tiempo de quietud en la clínica, se le permitirá regresar a casa pero deberá reducir sus actividades al mínimo. No podrá hacer ningún ejercicio pesado en las primeras 24 a 48 horas después de la transferencia. Pasado este tiempo, podrá reanudar sus actividades normales siempre y cuando no impliquen stress ni esfuerzo físico.

A partir del día de la transferencia se le aplicará una inyección diaria por cinco miligramos de progesterona y/o óvulos.

e. Ciclos de tratamiento. Sino hay éxito en el primer ciclo de tratamiento, deberá esperar uno o dos ciclos antes de iniciar otro tratamiento. Esto se hará

hasta que haya logrado el embarazo o hasta que haya alcanzado tres o cuatro ciclos de tratamiento. En este momento se le pedirá que no siga adelante con el programa de IVF-ET.

BILBIOGRAFIA ESPECÍFICA

CONGRESO DE FILIACIÓN. La filiación a finales del siglo XX. España. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. 1988. 13

GUTIÉRREZ, Araceli. "Nuevos caminos para la fertilidad". KENA. 157. México. Armonía. 1996. 24

JIMÉNEZ ORANTES, Montse. Legislación / Derecho Sanitario. España. JIMS. 1993. 140 y 141

LEAL DÁVILA, Luis Orlando. "La reproducción artificial humana frente al Derecho Civil contemporáneo". Revista de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B. 86. Colombia. Universidad Pontificia Boliviana. 1989. 91-93

RUANO RODRÍGUEZ, Lucía. Guía de los derechos de la mujer 1990. España. Instituto de la Mujer. 1990. 130-133

SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, filiación y delito. Argentina. Astrea. 1990. 30 y 41