

50
2º



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

**“ LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ARTIFICIALMENTE LOGRADA Y SUS REPERCUSIONES
EN EL DERECHO FAMILIAR ”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE :

DOCTOR EN DERECHO

P R E S E N T A :

LIC. CARLOS FRANCISCO THOMAS ESPAÑA

TUTORA: DRA. MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS

MÉXICO, D.F.; JUNIO 1999.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

278517



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.

Resumen en inglés

**“LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE
REPRODUCCIÓN ARTIFICIALMENTE LOGRADA Y
SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO
FAMILIAR.”**

The present investigation is in regarding to analyze the repercussions of the techniques for being successful with the artificial reproduction methods in Civil Law, since the intervention of a third person different from the couple involved in the reproduction =giving the ovule or the spermatozoid or maybe helping in the gestation of a new human being what we have been known as “subrogate motherhood”= has different kind of consequences. It has also been studied the human reproduction obtained in a natural way and the problematic for getting it; so the causes that force the couples to decide to try artificial methods. It has been observed in detail the techniques known, at present, for obtaining reproduction by artificial way; it has also been studied the Filiation, its backgrounds for knowing the reasons we have it in our present legal system, how it was written down and how it keeps on guiding until now. Utilizing comparative method, the presumptions regarding Filiation in different countries of Latin America and Europe, are investigated, since they become from Roman Law standing out in legislations of other latitudes of our continent and from other places. It is studied legal focus, at present, for determining the filiation, so, the situation of children born in or out of marriage and scientific progress regarding genetic investigations for pointing out biological relationship between two persons. It is indicated legal situation for women so as for men in front of new technicques for artificial reproduction. At last, it has been proposed changes for several set of regulations.

Titulo de la tesis:

La Utilización de Técnicas de Reproducción Artificialmente
Lograda y sus Repercusiones en el Derecho Familiar

Grado y nombre del tutor o director de tesis:

Doctora María Leoba Castañeda Rivas

Institución de adscripción del tutor o director de tesis:

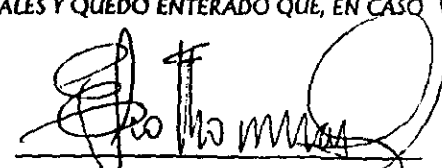
UNAM. POSGRADO DE DERECHO.

Resumen de la tesis: (Favor de escribir el resumen de su tesis a máquina, como máximo en 25 renglones a un espacio, sin salir de la extensión de este cuadro.)

La presente investigación está referida a analizar las repercusiones que la utilización de técnicas para lograr la reproducción de manera artificial está teniendo en el Derecho Familiar, pues, la intervención de un tercero ajeno a la relación de la pareja en las cuestiones de reproducción -aportando ya sea el óvulo o el espermatozoide o incluso auxiliando en la gestación del nuevo ser, lo que se ha dado en llamar "madre subrogada"- trae consecuencias de diversa índole. Se estudia la reproducción humana conseguida de manera natural, así como la problemática para conseguirla de esta forma y, por tanto, las parejas deben acudir a métodos artificiales para obtener tal fin. Se ven a detalle las técnicas actualmente conocidas para lograr la reproducción de manera artificial; también se estudia la filiación, sus antecedentes para saber como llegó a nuestro sistema jurídico, como se asentó y sigue rigiendo hasta nuestros días. Utilizando el método comparativo, se investigan las presunciones en materia de filiación en diversos países de Latinoamérica y de Europa, las cuales como consecuencia de derivar del Derecho Romano, campean en legislaciones de otras latitudes de nuestro continente y de otros lugares. Se contempla el enfoque jurídico actual para determinar la filiación, así como la situación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y los avances científicos en materia de pruebas genéticas para determinar la relación biológica entre dos personas. Se ve la situación jurídica tanto de la mujer como del hombre ante las nuevas técnicas de reproducción artificial. Finalmente se vierten propuestas de reformas a diversos ordenamientos.

LOS DATOS ASENTADOS EN ESTE DOCUMENTO CONCUERDAN FIELMENTE CON LOS REALES Y QUEDO ENTERADO QUE, EN CASO DE CUALQUIER DISCREPANCIA, QUEDARÁ SUSPENDIDO EL TRÁMITE DEL EXAMEN

Fecha de solicitud: _____


Firma del alumno

Acompaño los siguientes documentos:

- Nombramiento del jurado del examen de grado
- Aprobación del trabajo escrito por cada miembro del jurado
- Copia de la última revisión de estudios
- Comprobante de pago de derechos por registro del grado

Biblioteca del Plantel

Entrega ejemplares de tesis

Biblioteca Central

**“LA UTILIZACIÓN DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN
ARTIFICIALMENTE LOGRADA Y SUS REPERCUSIONES EN
EL DERECHO FAMILIAR.”**

Í N D I C E

	Pág.
Prólogo	12
Introducción	16
 CAPÍTULO PRIMERO	
 REPRODUCCION NATURAL Y CAUSAS DE ESTERILIDAD EN LA PAREJA.	
1.1. Fisiología de la Sexualidad Humana	23
1.2. Órganos Sexuales Femeninos	25
1.2.1. La Célula Reproductora Femenina	28
1.3. Órganos Sexuales Masculinos	31
1.3.1. El Gameto Masculino	35
1.4. Causas de Esterilidad en la Pareja	41

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INSEMINACION ARTIFICIAL.

2.1. Inseminación Artificial, Etimología y Concepto	46
2.2. Técnicas para lograr la Fecundación	54
2.2.1. Inseminación Artificial	55
2.2.2. Fecundación <i>In Vitro</i>	58
2.2.3. Inyección Introcitoplasmática de Espermias	59
2.3. La Inseminación según las partes que intervienen	61
2.3.1. Inseminación Homóloga	61
2.3.2. Inseminación Heteróloga	61
2.4. Los Procedimientos para obtener la Fecundación y la Transferencia del Embrión	63
2.4.1. Procedimiento para Realizar la Inseminación Artificial.	63

2.4.2. Procedimiento para Realizar la Fecundación <i>In Vitro</i>	67
2.4.3. El Procedimiento para la Inyección Introcitoplasmática de Espermas	70
2.4.4. Procedimiento para la Transferencia de Embriones	71
2.5. Los Bancos de Semen	73

CAPÍTULO TERCERO

FILIACIÓN

3.1. Etimología y Antecedentes en el Derecho Romano	82
3.2. Evolución en la Edad Media, hasta el Código Napoleónico	86
3.3. Evolución en el Derecho Español	96
3.4. La Figura de la Filiación en nuestro Derecho	101
3.4.1. Antecedentes en Nuestra Legislación	102
3.4.2. Su Regulación Actual	109
3.4.3 La <i>ratio legis</i> de los términos que establece nuestra Legislación	112

CAPÍTULO CUARTO

LAS PRESUNCIONES EN MATERIA DE FILIACIÓN.

4.1. La Presunción y sus Consecuencias Jurídicas	115
4.2. Análisis de la Presunción en materia de Filiación en diversos países, utilizando el Método Comparativo	122
4.2.1. En diversos países de Latinoamérica.	
4.2.1.1. Argentina	123
4.2.1.2. Bolivia	124
4.2.1.3. Colombia	124
4.2.1.4. Costa Rica	125
4.2.1.5. Cuba	126
4.2.1.6. Dominicana	128
4.2.1.7. Ecuador	129
4.2.1.8. El Salvador	129
4.2.1.9. Panamá	131

4.2.1.10. Paraguay	132
4.2.1.11. Perú	134
4.2.1.12. Uruguay	135
4.2.1.13. Venezuela	135
4.2.2. En algunos países de Europa: España, Francia e Italia.	
4.2.2.1. España	136
4.2.2.2. Francia	137
4.2.2.3. Italia	138

CAPÍTULO QUINTO

LAS FUENTES DE FILIACIÓN Y LOS AVANCES DE LA CIENCIA.

5.1. La Filiación y los Avances Científicos	141
5.2. El Enfoque Jurídico actual en la legislación civil del Distrito para determinar la Filiación	146
5.2.1. Hijos de matrimonio	148

5.2.2. Hijos nacidos fuera de matrimonio	153
5.2.2.1. Filiación cuando los padres viven en concubinato . . .	154
5.2.2.2. Filiación cuando los padres no viven en concubinato	154
5.3. Las Pruebas Genéticas para determinar el Parentesco	162
5.3.1. Prueba de Identificación de Personas mediante la Huella Digital del ADN	164
5.3.1.1. Procedimiento para la obtención del DNA en los seres humanos	170
5.3.1.2. Ofrecimiento de la Prueba de Genética Molecular denominada Huella Digital de ADN	183
5.3.2. Prueba de Histocompatibilidad de los Antígenos HLA . . .	187
5.3.3. Prueba de Maduración Fetal	190
5.3.4. Pruebas Antropológica y Heredobiológica	192

CAPÍTULO SEXTO

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER ANTE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIALMENTE LOGRADA.

6.1. La mujer cuenta con óvulos fértiles, pero su organismo no soporta la gestación	196
6.1.1. El tratamiento de la figura de la llamada madre subrogada en otras legislaciones	203
6.1.1.1. La Filiación en el Código Civil del Distrito Federal cuando intervienen dos mujeres en la reproducción del nuevo ser	218
6.1.1.2. La Filiación respecto de la mujer casada que auxilia en la gestación, cuando no existe desacuerdo entre las partes	221
6.1.1.3. La Filiación respecto de la mujer casada auxiliar en la gestación, cuando existe desacuerdo entre las partes	228
6.1.1.4. La Filiación en el Código Civil del Distrito Federal respecto de la mujer que vive en concubinato y auxilia en la gestación	254
6.1.1.5. La Filiación en el Código Civil del Distrito Federal respecto de la mujer soltera que auxilia en la gestación .	255

6.2. La mujer no tiene óvulos fértiles, pero su organismo sí puede afrontar adecuadamente la gestación y el alumbramiento	257
6.3. La mujer es capaz de aportar óvulos fértiles y de soportar el embarazo y el alumbramiento	260
6.4. La mujer no es capaz de aportar óvulos fértiles y no puede, además, soportar el embarazo	260

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL HOMBRE ANTE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIALMENTE LOGRADA.

7.1. Supuestos que se dan cuando el hombre aporta espermatozoides fértiles	262
7.1.1. Inseminación a la esposa y/o concubina del aportante de la célula germinal	263
7.1.2. Inseminación a otra mujer con quien no está casado ni tiene relación de concubinato el aportante del semen	270
7.1.2.1. Contradicción de la paternidad del nacido mediante la aplicación de técnicas artificiales	283
7.2 Supuestos que se dan cuando un tercero aporta espermatozoides fértiles	288

7.2.1. Exclusión de la paternidad del marido o concubinario de la mujer que dió a luz mediante la aplicación de técnicas artificiales .	289
--	-----

CAPÍTULO OCTAVO

HACIA UNA NUEVA FUENTE DE FILIACIÓN.

8.1. Propuestas de reformas a la Ley General de Salud	297
8.2. Propuestas de reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos	298
8.3. Propuestas de reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud	303
8.4. Propuestas de reformas al Código Civil en materia común para el Distrito Federal.	306
Conclusiones	315
Bibliografía general consultada	322

A MI MADRE,

Agradeciéndole todo su amor.

A MI ESPOSA,

Sin cuyo apoyo no se habría cristalizado
esta etapa de esfuerzo común.

A MIS HIJOS

CARLOS ALBERTO Y RICARDO,

Esperando que este trabajo les sirva
como aliciente en el arduo camino de la
superación.

Prólogo

Después de que durante siglos, los aspectos referidos al parentesco no habían tenido mayor importancia desde el punto de vista de un análisis jurídico acucioso, porque las cosas estaban dadas en un *status quo* por el cual no existía mayor interés, ni relevancia, por profundizar en el análisis de las relaciones filiales, en este momento, éstas se han convertido en un tema de apasionante actualidad, merced a lo común que se ha vuelto utilizar técnicas artificiales, para conseguir la reproducción en seres humanos, lo cual repercute directamente en las relaciones de parentesco a establecer entre las personas involucradas en el evento.

La utilización de estas técnicas, y el hecho de no ser contempladas por la legislación, nos ha llevado a plantearnos, una vez más, si la realidad debe ajustarse al Derecho, o éste a las nuevas situaciones que la sociedad en su devenir va encontrando, debido a los avances científicos. Obviamente, el deseo de maternidad o paternidad -o ambos en una pareja donde la problemática sea común-, supera cualquier obstáculo legal. Por otro lado, los científicos no están esperando permiso para continuar con sus estudios y experimentos para ayudar a la humanidad a remediar su problemática.

Por ello, descubrir técnicas permisivas, por medio de métodos artificiales para lograr la conjunción -corpórea o extracorpórea- del óvulo y el espermatozoide, ha requerido la intervención de personas ajenas a la intimidad de la pareja en el logro del embarazo. Es importante saber si se regula la intervención de estos terceros, ajenos a esa relación de la pareja -unida o no en matrimonio- en nuestra legislación positiva, así como las deficiencias que se presentan en ese sentido, si las hay, y considerar propuestas de mejoras a la misma a para lograr una regulación adecuada de la conducta de todos los participantes.

La investigación de campo, realizada en el desarrollo de nuestro trabajo, nos llevó a conocer como una realidad, la aplicación de éstas técnicas en nuestro País, tanto en clínicas privadas como públicas, con una total incertidumbre, tanto para quienes las aplican -médicos, laboratoristas, enfermeras, biólogos, genétistas, etc.- como para quienes utilizan estos métodos novedosos de concepción, primordialmente movidos por un deseo de paternidad y maternidad genuinos y dispuestos a recorrer cualquier camino, por arduo que sea, para tener un hijo, sin importarles arriesgar la intimidad, bienes y, en ocasiones, la vida, con tal de ver colmado su anhelo. Todo esto nos lleva a profundizar en la necesidad de regular la utilización de estas técnicas para no desproteger a quienes intervienen en su aplicación; ni los disponentes de las células germinales, la receptora de la misma, y los especialistas de la salud de instituciones públicas y privadas, donde se aplican,

quienes deben también cumplir con un mínimo de conocimientos en la materia porque empiezan a abundar los improvisados, esquilmando a quienes, desesperados por cumplimentar su deseo, maternal o paternal, caen en sus garras.

Es indispensable actualizar las cuestiones de la filiación, para otorgar plenos derechos al esposo de la madre otorgante del consentimiento para que le fuera implantado el esperma de un tercero, para conseguir el nacimiento de un nuevo ser; esta persona no tendrá ninguna vinculación biológica con el hijo de su esposa, pero él deseó a esa criatura, consintió el implante y tiene la intención y el ánimo de criarlo, aceptando los derechos y obligaciones implícitas a ello; empero, para registrar al neonato con su nombre deberá manifestar que él lo engendró, cuestión en la cual incurre, ya en un fraude a la ley, con la esperanza, de que, al haber actuado de buena fe, la legislación lo asista y no sea excluido en sus derechos paternos.

El tercero aportante del espermatozoide, puede intentar excluirlo de la paternidad, con el argumento, válido de haber sido él quien aportó el gameto fecundante del óvulo y, por ende, biológicamente, la criatura es suya; estamos ante una inseguridad jurídica para el padre consensual en este acontecimiento, sobretodo al no haber legislatura en la materia, todo debe resolverse por analogía, ello aunado al hecho de la aplicación masiva que se está dando de las técnicas artificiales. lo

cual hace más apremiante regular tanto su aplicación cuanto las repercusiones que están teniendo.

Lo anterior nos motivó a realizar esta investigación, cuya finalidad es aportar elementos de valoración, respecto a las necesidades de actualizar la legislación tanto en materia de filiación y parentesco, cuanto en la disposición de células germinales y de embriones, la cual respetuosamente ponemos a consideración.

I n t r o d u c c i ó n

El tema en estudio se presenta, complejo en cuanto a delimitar los alcances de la reproducción lograda mediante la utilización de métodos artificiales y sus repercusiones en el ámbito jurídico. Es fácil resbalar y caer en terrenos ajenos al alcance de la investigación; incluso, consideramos poco apropiada la utilización del término reproducción asistida, por las implicaciones del propio término, sin dejar de atender al hecho de la universalidad de la denominación, razón ésta última por la cual hacemos nuestra tal terminología.

Empezamos analizando la reproducción natural, para entender la maravilla que representa tanto la concepción, gestación y alumbramiento de cada ser humano, el cual será único e irrepetible. Veremos, en primer lugar, la reproducción natural y como, previamente a efectuar el acto sexual, durante y después de él, se dan en el cuerpo humano innumerables reacciones enfocadas a la adecuada preparación del organismo para continuación de la especie. Debemos recordar estas reacciones para visualizar en toda su dimensión, que se evita con la inseminación artificial o reproducción lograda con asistencia, sin olvidar la problemática por la cual, la pareja no está en condiciones de reproducirse de esta manera y necesita acudir a estos métodos artificiales, para obtener tal fin.

Estudiaremos la conformación interna y externa de los órganos sexuales, masculinos y femeninos, y las técnicas actuales para lograr la reproducción de manera artificial, la inseminación artificial propiamente dicha, la fecundación *In vitro*, la inyección intracitoplasmática de espermias para analizar la inseminación según las partes en ella intervinientes, es decir si será homóloga o heteróloga, así como cada uno de los procedimientos para obtener la fecundación y la transferencia del embrión sin soslayar un análisis de los denominados bancos de Semen.

La filiación, como la conocemos desde la antigüedad, se ve, como institución jurídica, afectada con estas técnicas novedosas de reproducción ya que añejos conceptos –presuntamente inmutables- se cimbran con la intervención de terceras personas en el hecho íntimo, de tener descendencia, ello, con el consentimiento de todos los participantes, pero sin que la ley proteja a ninguno de ellos. Haremos un recorrido histórico para intentar conocer –sucintamente- los antecedentes de las instituciones en materia de filiación, para entender como llegó a nuestro País, el como se asentó y sigue rigiendo, de manera eficaz, hasta nuestro días. En relación con lo anterior, veremos determinadas presunciones de nuestro derecho, directamente como consecuencia de derivar del derecho romano, campean en legislaciones de otras latitudes de nuestro continente y de otros lugares.

Es importante conocer el enfoque jurídico actual, para determinar la filiación y la importancia de la aplicación de los avances científicos para conseguir la reproducción de manera artificial, amalgamando unos y otros y estar en posibilidad de sostener nuestras propuestas, las cuales deberán basarse en la práctica de campo, realizada durante el desarrollo de nuestra investigación; mediante este trabajo de campo, concluimos como una realidad, la aplicación de estas técnicas en nuestro País, ante una ausencia total de normas reguladoras, lo que, *incide en una desprotección total de todos quienes participan en ellas.*

Un ejemplo es el cúmulo de presunciones, cerrazones en materia probatoria, supuestos taxativos en los cuales se puede invocar la investigación de la paternidad o maternidad, cuando la ciencia nos proporciona conocimientos mediante los cuales podemos saber, con un muy alto grado de certeza, si determinada persona descende de otra o no. Haremos un estudio acucioso de la prueba de identificación de personas mediante la huella digital del ADN. Veremos como el ácido desoxirribonucleico ó ADN fue analizado por primera vez en 1869 por el químico suizo Friedrich Miescher en la Universidad de Tübingen en Alemania, quien le dió el nombre de nucleína por haberlo extraído precisamente del núcleo de la célula. Como en 1953 el bioquímico estadounidense James Watson y el biofísico inglés Francis Crick publicaron la primera descripción de la estructura del ADN. Su modelo fue tan importante - permitió entender la síntesis de las proteínas, la

mutación y la división del ADN- que en 1962 se les otorgó el Premio Nobel de Física y Medicina por su trabajo. Visualizaremos al ADN como una molécula larguísima, formada por cuatro bases químicas distintas, y como los 46 cromosomas del núcleo de una célula humana, encierran unos dos metros de ADN. Una increíble organización y empacamiento, reduce finalmente estos dos metros de material genético, cuyo grosor es unas quinientas veces más fino que el hilo de la seda de araña. Para ello, el ADN ha de plegarse y doblarse, para lograr una reducción de siete mil veces su tamaño, totalmente extendido. Muchas fotografías espectaculares muestran la imagen de una bacteria a la cual, después de un tratamiento químico especial, se le ha desenrollado gran parte de su ADN. Los largos hilos, se desparraman, formando una inexplicable maraña, mientras la diminuta bacteria permanece en el centro del laberinto. Si en una persona, utilizáramos todo su ADN para construir un cordón, podríamos alcanzar el sol, volver a la tierra, y repetir el viaje más de trescientas veces.

Por otro lado, Jean Baptiste Dausset, médico inmunologista francés, descubrió en los humanos un centro llamado complejo mayor de histocompatibilidad o CMH (en inglés MHC por las siglas de major histocompatibility complex), el cual determina la función y el tipo de sangre afín. Cuando el cuerpo rechaza una transfusión de sangre, un trasplante o un injerto de piel, es porque el CMH detecta antígenos incompatibles con el cuerpo. Dausset determinó que el complejo mayor de histocompatibilidad de los humanos, se

encuentra en una pequeña área del sexto cromosoma, a la cual denominó HLA (por sus siglas en inglés: human leukocyte antigen); las bases genéticas del complejo mayor de histocompatibilidad se conocieron en 1967, cuando Dausset, exitosamente, logró convencer a los quirujistas de todo el mundo de la necesidad de células afines para realizar transfusiones de sangre, trasplantes de órganos o injertos de piel; así, ambos descubrimientos en materia de genética y antígenos incompatibles con determinados cuerpo, aunados a diversos avances en otras áreas de la ciencia, nos obligan revisar los procedimientos cerrados, basados en presunciones que a nadie benefician y al hijo impugnado, menos que a nadie.

La reproducción artificialmente lograda está teniendo repercusiones en diversos ámbitos del Derecho Familiar, sobre todo en la filiación, con la posibilidad de disposición de las células germinales, en la sucesión, en el ámbito de responsabilidad profesional, por mencionar algunos.

Analizaremos el enfoque jurídico actual, para determinar la filiación, la situación de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, la concubinaria y otras, para pasar a estudiar la situación jurídica de la mujer, ante las nuevas técnicas de reproducción artificialmente lograda, v. gr. si cuenta con óvulos fértiles, pero su organismo no soporta la gestación. Veremos el tratamiento de la madre subrogada en otras legislaciones. La filiación en el Código Civil del Distrito

Federal, cuando intervienen dos mujeres en la reproducción del nuevo ser; la situación respecto de la mujer casada que auxilia en la gestación, cuando no existe desacuerdo entre las partes, cuando si lo hay, la que se da respecto de la mujer casada auxiliar en la gestación, cuando existe desacuerdo entre las partes; veremos lo que establece el Código Civil del Distrito Federal respecto de la mujer que vive en concubinato y auxilia en la gestación. Que estipula el código civil del distrito federal respecto de la mujer soltera que auxilia en la gestación, que sucede cuando la mujer no tiene óvulos fértiles pero su organismo si afronta adecuadamente la gestación y el alumbramiento, cuando es capaz de aportar óvulos fértiles y soporta el embarazo y el alumbramiento y cuando la mujer no aporta óvulos fértiles y además no puede soportar el embarazo.

En el mismo sentido, estudiaremos la situación del hombre, ante las nuevas técnicas de reproducción artificialmente lograda. Los supuestos cuando el hombre aporta espermatozoides fértiles e insemina a su esposa y/o concubina. Cuando se insemina con sus gametos a otra mujer, con la cual no está casado ni tiene relación de concubinato. Cuando existe contradicción de la paternidad del nacido mediante la aplicación de técnicas artificiales. También los supuestos cuando el hombre no aporta espermatozoides fértiles y la posibilidad de exclusión de la paternidad del marido o concubino de la mujer que dió a luz, mediante la aplicación de técnicas artificiales.

Citamos algunas incongruencias que se dan entre las legislaciones que regulan el tema y que debían ser uniformes entre ellas sin serlo. Dentro de nuestro capítulo de propuestas, sugerimos cambios a la legislación de salud para regular la aplicación indiscriminada de las técnicas para conseguir la reproducción de manera contraria a la natural, cuestiones con las cuales concluimos nuestra investigación.

CAPÍTULO PRIMERO

REPRODUCCION NATURAL Y CAUSAS DE ESTERILIDAD EN LA PAREJA

1.1. Fisiología de la Sexualidad Humana.

La Fisiología (del griego *physis* naturaleza y *logos* estudio o tratado) "es la ciencia encargada de estudiar los fenómenos propios de los seres vivos y trata de establecer las leyes que los rigen" (1) y nos apoyaremos en ella para conocer cómo se logra naturalmente la concepción en los seres humanos, lo cual es importante para nuestro estudio, a fin de conocer a detalle lo que se consigue con la aplicación de las técnicas novedosas en materia de reproducción humana. La especie humana se reproduce de manera natural, mediante la realización del acto sexual. Previamente a efectuarlo, durante y después de él, surgen en el cuerpo humano, innumerables reacciones enfocadas a la adecuada preparación del organismo, para la continuación de la especie. Debemos recordar estas reacciones para visualizar en toda su dimensión, lo que se evita con la inseminación artificial, o reproducción lograda con asistencia.

Previo al acto sexual, y a partir de un cierto grado de excitación, el cuerpo del hombre y el de la mujer, sufren varias transformaciones. El ritmo cardíaco pasa de 70 y 80 pulsaciones por minuto, a 100 y 120 en el mismo lapso; la presión

¹ Baker, Jeffrey J.W. *Materia, Energía y Vida*. Ed. Fondo Educativo Interamericano. México, D.F., 1976. p. 16.

arterial sistólica, entendida ésta como “el ciclo cardíaco durante el cual se contraen las cavidades del corazón expulsando la sangre contenida en su interior empieza aproximadamente en 120 mm. y se eleva hasta 250”. (2)

La respiración pasa de 14 inspiraciones a 30 por minuto. Las pupilas, los labios, la nariz y los lóbulos de las orejas se dilatan, el flujo de sangre provoca la erección del pene, el cual requiere, para penetrar, una fuerza axial -“en Física es aquélla que sirve de sostén a un cuerpo en movimiento”- de entre 400 y 500 gramos. Insistimos en la fuerza axial requerida por el pene ya que no basta con la erección, sino tener la fuerza suficiente para entrar a la cavidad vaginal. Sin esta fuerza, es imposible lograr la realización del acto sexual, lo cual se conoce masculinamente como impotencia, a la cual volveremos posteriormente y ahora mencionamos para resaltar la interrelación existente entre cada función humana. (3)

La preparación no sólo es externa y aparente, pues también internamente el cuerpo se está preparando para el evento.

En la mujer, las mucosas humedecen la vagina, para permitir el libre acceso al pene, mientras en el hombre, los músculos que permitirán la liberación de

² Langman, Jan. *Embriología Médica*. Ed. Interamericana. México, D.F., 1976. p. 60.

³ *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Editorial Cumbre, S.A. México, D.F.. 1988. Tomo IV. p. 382.

los espermias en la vagina, para darse a la tarea de encontrar en el genital femenino al óvulo, también se tensan, en espera de una llamada natural -el orgasmo- para partir, literalmente, a realizar su cometido.

Vamos más atrás aún, a comprender el momento de la elaboración de las células germinales tanto femeninas -el óvulo- como masculinas -el espermatozoide- observando primero los aspectos referidos a la mujer, mencionando previamente la opinión coincidente entre los anatomistas, de que, a pesar de las diferencias tan grandes en cuanto a aspecto, los órganos sexuales femeninos y masculinos, están formados por la naturaleza de acuerdo a un mismo plan básico, como veremos enseguida.

1.2. Órganos Sexuales Femenino

La mujer -y el hombre también- tiene órganos sexuales, -o genitales-, externos e internos. Los externos son: los labios mayores, los menores, el clítoris y la abertura vaginal, los cuales, en su conjunto, reciben el nombre de *vulva*, de los cuales Katchadourian y Lunde, nos explican las características de cada uno de ellos.

(⁴)

Así, establecen: "los labios mayores (*labia majora*) son dos pliegues cutáneos elongados que se dirigen hacia abajo y hacia atrás del Monte de Venus,

⁴ Katchadourian, Herant A. & Lunde, Donald T. *Fundamentals of Human Sexuality*. Ed. Holt, Rinehart and Winston. Stanford University 1992. p. 49.

concebido como la elevación suave, redondeada, de tejido adiposo que se cubre de vello en la pubertad. Es la parte más visible de los genitales femeninos" (⁵)

Los labios menores (*labia minora*), por su parte, son dos repliegues cutáneos, rosáceos, sin vello, localizados entre los labios mayores. Cubren el *vestibulo vaginal*, en donde se abren los orificios vaginal y uretral.

El clítoris, consiste en dos cuerpos cavernosos cuyas extremidades posteriores están unidas al pubis. La mayor parte de su cuerpo está cubierta por los pliegues superiores de los labios menores, pero su extremo se proyecta más allá de ellos. El orificio vaginal o *introito*, es un agujero sólo visible cuando se separan los labios menores. Es la contraparte funcional del pene, opera con él de modo complementario, como una llave en su cerradura.

En cuanto a los órganos internos, mencionaremos la vagina, el útero, las dos trompas uterinas o de Falopio, y los ovarios, los cuales también los encontramos en número par -todo ello siguiendo primordialmente a Juan Luis Alvarez Gayou y a Rafael Mazin. (⁶)

⁵ Idem. p. 50.

⁶ Alvarez Gayou, Juan Luis y Mazin R., Rafael. *Elementos de Sexología*. Ed. Interamericana. México, D.F., 1972. p. 17.

Respecto a la vagina, es el órgano femenino de la copulación y el receptor del semen. Lo constituye un conducto membranoso, cuyas paredes están adosadas y se separan cuando la mujer se encuentra excitada, y permiten el ingreso del pene, mediante su lubricación con un líquido seroso (similar al suero).

El útero o matriz, es un órgano muscular hueco. Tiene la forma de una pera invertida, normalmente de 2.5 cm de grueso. Consta de cuatro partes: el *fondo*, la porción redondeada yacente por encima de las aberturas de las trompas uterinas; el *cuerpo*, la parte principal; el estrecho *istmo* y el *cérvix* (cuello), la porción inferior proyectada hacia la vagina.

Las trompas uterinas o de Falopio nombradas así por el anatomista italiano del Siglo XVI, Gabriello Falopio son estructuras pares cuya función es llevar los óvulos al útero. Un extremo de cada tubo, se abre en la cavidad abdominal. Aunque este extremo abierto o infundíbulo -el ensanchamiento abdominal de la trompa- se encuentra cerca del ovario, no se une a él. Esto crea un problema para el óvulo liberado, el cual debe encontrar su camino del ovario al infundíbulo; una vez en la trompa de Falopio, el óvulo es conducido hacia el útero. Cuando ocurre la fertilización, suele suceder en el extremo superior de la trompa de Falopio. (7)

⁷ Idem. p. 22.

Los ovarios tienen forma de almendra, cada uno mide, aproximadamente, 3.7 de largo, 1.8 de ancho y 1 cm. de grueso y pesa unos 8 gramos. En sus posiciones habituales los ovarios están en situación vertical flanqueando al útero; se mantienen en su lugar mediante varios pliegues y ligamentos, incluyendo los *ligamentos útero ováricos*, los cuales los unen a los lados del útero.

Tenemos de esta manera un panorama claro respecto de los órganos sexuales femeninos, tanto los visibles como los internos. Nos resta conocer lo referido a la producción, expulsión y viaje del gameto femenino, el óvulo, buscando naturalmente su encuentro con su contraparte masculina, el espermatozoide. Analicemos este acontecimiento.

Por la reiterada alusión que haremos al término gameto, es conveniente definirlo. En biología es "cada uno de los elementos reproductores que se fusionan entre sí para formar el cigoto o huevo; en el hombre esa célula sexual se llama *espermatozoide* y en la mujer *óvulo*.⁽⁸⁾

1.2.1. La Célula Reproductora Femenina.

La célula reproductora femenina es el óvulo. "El ovario contiene numerosas cápsulas o folículos (glándulas en forma de sacos), en varios estados de

⁸ Lazcano-Araujo, Antonio. *El Origen de la Vida*. Ed. Adicol, S.A. México, D.F., 1977. p. 36.

desarrollo. Cada *foliculo* contiene un óvulo. Cada mujer nace con unos cuatrocientos mil óvulos inmaduros, razón por la cual es difícil pensar que se produzcan nuevos durante su vida. En la pubertad los *foliculos* empiezan a madurar y, aproximadamente, cada 28 días se rompe uno liberando el óvulo." (9)

Esto es contrario a lo ocurrido en el hombre, quien, como veremos más adelante, produce espermatozoides de manera constante y por millones, lo cual se corrobora con el hecho de la cantidad de líquido espermático, expelido al eyacular el cual es de aproximadamente 3 centímetros cúbicos y los espermatozoides contenidos en cada centímetro cúbico, son entre 80 y 100 millones en un hombre sano. En cambio, la mujer nace con el número de células germinales o gametos requeridos durante su vida reproductiva útil -de aproximadamente 30 años-, y son, por cierto, más de los necesarios, si calculamos, como decíamos, la liberación de un óvulo cada 28 días, o sea, cerca de 13 al año, por lo cual requiere alrededor de 400 durante toda su etapa de posibilidad de fertilización.

Hicimos mención a que cada ovario contiene numerosas cápsulas o *foliculos* en varios estados de desarrollo. A partir de la pubertad, los *foliculos*

⁹ Masters, W.H. y Johnson, V.E. *Human Sexual Response*. Little Brown and Co. Boston 1966. p. 183.

empiezan a madurar y, aproximadamente, cada 28 días se rompe uno, liberando el óvulo; al respecto Masters y Johnson tratan de explicar la instrucción natural dada en el organismo de la mujer, para respetar este ciclo de maduración. Empiezan por señalar a la endocrinología, como el estudio de las secreciones de las glándulas endocrinas o sin conducto, estableciendo, que al contrario de ciertas glándulas como las salivales o las sebáceas, las endocrinas secretan sus productos, directamente en la corriente sanguínea. Sexualmente tenemos, entre otras, a los ovarios, los testículos y a la hipófisis o 'glándula maestra', siendo ésta última una estructura del tamaño de un chícharo, localizada en la base del cerebro y conectada con él por medio de su sistema microscópico de vasos sanguíneos y fibras nerviosas. La gonadotrofina, una hormona hipofisiaria, estimula a las glándulas sexuales, la *hormona estimulante del folículo* (HEF), y la *hormona luteinizante* (HL), y éstas últimas la (HEF) y la (HL), estimulan a los ovarios para producir y secretar las hormonas sexuales femeninas, los estrógenos y la progesterona. Asimismo la HEF estimula la maduración de uno de los folículos ováricos, el cual se romperá ante el estímulo de una mayor producción de HL por la hipófisis. ⁽¹⁰⁾

Con ello, podemos observar el ciclo natural de maduración, y el rompimiento del folículo o saco conteniendo al óvulo ya maduro u *oocito*, el cual será expulsado hacia la Trompa de Falopio. A este proceso se le llama *ovulación*, y ocurre alrededor de 14 días, antes de la menstruación.

¹⁰ Idem. p. 190.

El óvulo, una vez libre, iniciará su viaje en busca de la fecundación, teniendo como punto final el útero. Por no tener medio de propulsión, será transportado mediante la corriente de los pequeños filamentos adosados en las paredes de las Trompas de Falopio, y mediante las contracciones periódicas de los músculos de las mismas.

Si el óvulo no es fecundado durante su viaje, precisamente cuando se encuentre en la Trompa de Falopio, se desintegrará.

1.3. Órganos Sexuales Masculinos.

Veamos ahora lo relativo a los órganos sexuales masculinos. Son órganos genitales externos del hombre, el pene y el escroto. Los internos son los testículos, el sistema de conductos para el almacenamiento y transporte de los espermatozoides (*epidídimo*, conductos deferentes, conducto eyaculador y uretra); por último, las glándulas sexuales accesorias (vesículas seminales, próstata y glándulas bulbouretrales). Seguiremos, primordialmente, a Gotwald y Holtz, para el estudio y comprensión de los mencionados órganos.⁽¹¹⁾

¹¹ Gotwald, William H. Jr. y Golden, Gale Holtz. *Sexualidad, la Experiencia Humana*. Traducción de Antonio Garst Thalheimer. Ed. El Manual Moderno. México. D.F. - Santafé de Bogotá 1993. P. 45

El pene, dicen los autores en estudio, es un apéndice externo especialmente notable durante la erección; al contrario de todas las demás especies carnívoras, el del hombre no tiene hueso ni músculos en su interior. Contiene tres cilindros paralelos de tejido esponjoso, a través de uno de los cuales corre un tubo (uretra), encargado de transportar la orina y el semen. La porción del pene unida a la pelvis es la *raíz* y a la porción libre colgante, se le conoce como el *cuerpo*. La erección se desencadena por un reflejo nervioso y puede ocurrir en el lapso de cinco a diez segundos.

El escroto es la bolsa con múltiples capas, conteniendo los testículos. Cuenta con dos compartimentos separados, cada uno, encierra a un testículo y un *conducto o cordón espermático*; a través de éste, se trasladan los espermatozoides de los testículos a la cavidad abdominal.

Estos son, explicados concisamente, los genitales externos, veamos ahora los internos, sin dejar de mencionar que toda la estructura anatómica sexual en el hombre, coinciden los anatomistas, está diseñada para la elaboración y transporte del semen al exterior.

En lo interno, encontramos a los testículos, concebidos como las gónadas o glándulas reproductoras. Producen espermatozoides, pero también testosterona, la

hormona masculina. Ambos testículos son más o menos del mismo tamaño (5 X 2.5 x 3.2 cms.), aunque el izquierdo cuelga un poco más abajo que el derecho, su peso promedio es de 20 g. Cada testículo está compuesto por una serie de compartimentos y cada compartimento contiene varios tubos microscópicos estrechamente enrollados. Los *túbulos seminíferos*, cada uno de los cuales mide de 30 a 90 cm. de largo y su longitud combinada puede llegar a cientos de metros. Es aquí en donde se producen, y almacenan, los cientos de millones de espermatozoides a utilizar por el hombre durante su vida sexual.

Los tubos o túbulos se unen y se vacían todos en una red irregular de conductos, la *red testicular*, de donde se originan *conductillos deferentes*, los cuales pasan hacia el conducto del *epidídimo*.

Estamos donde empieza el sistema de conductos para el almacenamiento y transporte de los espermatozoides -al cual habíamos hecho alusión anteriormente- y empieza precisamente en el *epidídimo* (sobre el testículo), un tubo de aproximadamente 6 a 7 m. de largo, pero sumamente contorneado y sinuoso, a tal grado de parecer una C, a cuya superficie se encuentra adherido. Su parte inferior gira sobre sí misma y se transforma en el *conducto deferente* -el vaso que trae hacia abajo-, el cual es menos sinuoso, y viaja hacia arriba en el saco escrotal -ya habíamos hecho referencia a él como la bolsa cubre a los testículos-, hasta entrar a

la cavidad abdominal, en donde se expande para formar la *ampolla* y luego se estrecha de nuevo para transformarse en el *conducto eyaculador* que penetra en la *próstata*, de donde sale para unirse a la *uretra*.

Las glándulas sexuales accesorias están constituidas por las vesículas seminales, son sacos alargados que se encuentran cerca de las *ampollas* de los conductos deferentes, cada una con uno; aportan una secreción ligeramente alcalina al líquido seminal, que incluye sustancias químicas semejantes a las hormonas, y abundante en azúcar fructosa, aporta moléculas con mucha energía a los espermatozoides, porque éstos no almacenan nutrientes, y para sobrevivir, deben contar con fuentes externas de energía.

La próstata es un conjunto de glándulas cuyos conductos convergen para abrirse en la uretra, y su secreción contiene abundantes cantidades de ácido cítrico y lípidos (grasas).

Las glándulas bulbouretrales son dos pequeñas estructuras cuyos conductos corren paralelos a la uretra, antes de abrirse en ella. La secreción bulbouretral actúa como lubricante para los espermatozoides, al pasar por la uretra. Se libera antes de la eyaculación, y hace desaparecer los residuos de orina de la uretra, antes de salir del pene.

Hasta aquí, el análisis de los órganos sexuales masculinos, restándonos conocer lo referido a la producción, expulsión y viaje del gameto masculino, el espermatozoide, en la búsqueda de su contraparte femenina, el óvulo, haciendo mención previa al nombre que recibe también el proceso de producción de espermatozoides, esto es, *espermatogénesis*.

1.3.1. El Gameto Masculino.

Los espermatozoides son producidos en los *túbulos seminíferos* de los testículos -hicimos anteriormente mención a ellos cuando comentamos que cada testículo está compuesto por una serie de compartimentos y cada compartimento contiene varios tubos microscópicos estrechamente enrollados, "similares a los fideos dentro de un paquete" ⁽¹²⁾. La producción del espermatozoide empieza con la creación de una célula llamada *espermatogonia*, que se divide y se forman los *espermatocitos*, éstos sufren una subdivisión especial y cada par de cromosomas a su vez se divide y las células resultantes, las *espermátidas*, tiene veintitrés cromosomas en lugar de los cuarenta y seis de las demás células del cuerpo.

Hagamos un paréntesis para resaltar lo siguiente: "...con la palabra cromosoma se designa a las estructuras filamentosas que aparecen en la región del núcleo de las células cuando éstas entran en división. Cada cromosoma está

¹² Alvarez Gayou. Juan Luis y Mazin R., Rafael. Op. Cit. p. 17.

constituido por tres partes: un centrómetro y dos cromátidas. El primero es un punto de posición variable y las segundas son los brazos que salen del centrómetro." (13)

Son tres las funciones básicas de los cromosomas: "...la primera es la de almacenar, replicar y transmitir la información hereditaria contenida en los genes. La replicación hace posible la existencia de un juego completo de genes en el núcleo de cada célula, ya sea que funcione individualmente o como parte de un organismo más complejo. La segunda se refiere al control y regulación de la acción genética, de tal manera que los productos primarios de los genes sean liberados al tiempo preciso y en la cantidad necesaria para producir una secuencia específica de eventos bioquímicos y celulares de manera ordenada. Su tercera función es la de regular la recombinación entre genes ligados, es decir, localizados en un mismo cromosoma." (14)

Es pertinente revisar en este apartado la importancia del hecho, al cual hicimos ya mención anteriormente, de que cada espermatozoide cuente sólo con veintitrés cromosomas y no con cuarenta y seis como el resto de las células, lo cual se explica por la razón de contar el óvulo con la otra mitad de los

¹³ Cruz Ulloa, Susana y Arechavaleta, Yolanda. *Textos de Biología*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1979. p. 29.

¹⁴ Straus, Lorna P. *Compton's Interactive Encyclopedia*. Ed. Compton's NewMedia, Inc. Carlsbad, Nuevo Mexico. USA 1992.

cromosomas necesarios para constituir una célula. y. cuando "...el espermatozoide penetra el óvulo, une sus veintitrés cromosomas a los de éste, complementándose de esta manera los cuarenta y seis necesarios para el nuevo ser humano." (15) Estos dos conjuntos de información genética, por supuesto, actuarán conjuntamente para determinar las características del nuevo ser.

Por último, es conveniente destacar que el sexo del nuevo ser lo determinan dos de estos cromosomas, los sexuales, los cuales son de dos tipos, a saber: cromosoma X y cromosoma Y; "la mujer tiene dos cromosomas X, mientras que en el hombre, de manera natural, un espermatozoide lleva un cromosoma X y el siguiente un cromosoma Y. Si el óvulo es fecundado por un espermatozoide que lleva el mensaje X, el embrión se transformará en mujer; si es fertilizado por un espermatozoide que lleva Y, nacerá un hombre." (16)

Retomemos la conducción del tema, referido a la producción, expulsión y viaje del gameto masculino, el espermatozoide en la búsqueda de su contraparte femenina, el óvulo, pasando enseguida a analizar lo referido a como sale expulsado de los testículos, donde se produce, para iniciar el viaje que le ordena la naturaleza, para fecundar el óvulo o morir en el intento.

¹⁵ Katchadourian, Herant A. & Lunde, Donald T. Op. Cit. p. 146.

¹⁶ Langman, Jan. *Embriología Médica*. Ed. Interamericana. México. D.F., 1976. p. 43.

Previamente a la realización del acto sexual, como lo habíamos mencionado, el cuerpo, del hombre y de la mujer, sufren varias transformaciones, que van desde la alteración del ritmo cardíaco, de la presión arterial y en el hombre en la erección del pene, hasta la tensión de los músculos que permitirán la liberación del esperma, en espera de la orden natural, el orgasmo, para partir a realizar su cometido. De esta manera, al alcanzar determinado grado de excitación, se producirá la eyaculación, es decir "la expulsión del líquido seminal o espermático, por vía uretral." (17)

Dicho está que los espermatozoides son producidos en los *túbulos seminíferos* de los testículos, de ahí, serán enviados al *conducto deferente* y al *epididimo*, lugares, ambos, donde serán almacenados; en el momento de la contracción de los vasos sanguíneos, nervios y fibras musculares, cuando reciben la instrucción de eyacular, viajan precisamente por el *conducto deferente*, hasta unirse, en el *conducto eyaculador*, con las secreciones vaciadas ahí mismo por la próstata y las vesículas seminales y forman de esta manera el *líquido seminal*, *líquido espermático* o *semen*, el cual pasará a la uretra para ser expulsado, a través del pene, del cuerpo del hombre y ser depositado en la vagina.

¹⁷ Gotwald. William H. Jr. y Golden. Gale Holtz. Op. Cit. p. 53.

Igualmente, la cantidad de líquido espermático expelido al eyacular es de aproximadamente 3 centímetros cúbicos y los espermatozoides contenidos en cada centímetro cúbico son entre 80 y 100 millones en un hombre sano: se calcula que en cada eyaculación, se depositan en el cuerpo de la mujer entre 150 y 160 millones de espermatozoides, de los cuales sólo unos 2.000 alcanzan la Trompa de Falopio y solamente uno fecundará al óvulo. Para ello, todos viajarán a una velocidad de uno a tres centímetros por hora, primeramente a través del conducto o canal cervical, para poder llegar al útero. Para poder entrar a dicho conducto o canal, deberá pasar a través del moco cervical que cubre el extremo del cuello uterino y enfrentar las secreciones en la vagina. Si éstas son muy ácidas -por ejemplo un pH de 6.0- los espermatozoides dejarán de moverse y morirán. (¹⁸)

Si pasan esas pruebas y logran llegar a la Trompa de Falopio, deberán encontrar un óvulo viajando en dirección opuesta. Si no se da la coincidencia nadarán en la corriente generada en las Trompas y serán destruidos. Si encuentran al óvulo, los espermatozoides lo rodearán y se adherirán a él, concretamente a *la capa de jalea* que lo rodea, empezarán a interreaccionar juntos, a liberar enzimas digestivas, y a erosionar las capas del óvulo. "Por medio de un mecanismo desconocido aún por la ciencia, un espermatozoide logrará penetrar la cápsula del óvulo y, por medio de otro mecanismo también

¹⁸ Katchadourian, Herant A. & Lunde, Donald T. Op. Cit. p. 94.

desconocido, la pared del mismo se volverá impermeable a la penetración de los otros espermatozoides". (19)

Se ha dado en este momento la fecundación del óvulo por el espermatozoide, cambiarán ahora al nombre de cigoto, huevo o preembrión (*) y empezará un viaje hacia el útero, en donde se implantará para producir al nuevo ser. Se ha dado ya la unión de los veintitrés cromosomas de cada célula, formándose una sola de cuarenta y seis, y ésta, a su vez, empieza a dividirse -fenómeno al que se le llama *segmentación*- durante el viaje de la Trompa de Falopio, donde ocurrió la fecundación, hasta su implantación en el útero, "momento en el cual cambiará científicamente su nombre por el de *blastocito*." (20)

De esta manera, tenemos un panorama de los aspectos relativos a las cuestiones previas y a la complejidad que conlleva la fecundación. Ahora nos referiremos a los impedimentos en las parejas para conseguir la concepción de manera natural y su relación con las técnicas artificiales para lograr el embarazo; por esta razón, concluiremos el presente capítulo analizando, de manera

¹⁹ Gotwald, William H. Jr. y Golden, Gale Holtz. Op. Cit. p. 109.

* La Ley General de Salud en su Artículo 314, fracción IV, establece que se entiende por preembrión al producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación.

²⁰ Langman. Jan. Op. Cit. p. 31.

breve, los impedimentos de las parejas para lograr dicha concepción de manera natural.

1.4. Causas de Esterilidad en la Pareja.

La esterilidad es "la incapacidad para tener óvulos o espermatozoides que realicen la fertilización, es decir, la penetración del espermatozoide en el óvulo; es un fenómeno patológico cuando se presenta durante el período de la vida normalmente fecunda." (21)

En el hombre la esterilidad es la incapacidad para fecundar a la mujer y en ésta, la esterilidad se traduce en la imposibilidad de concebir; impotencia y esterilidad no son sinónimos, aun cuando suele asociárseles. Así, un hombre puede ser impotente para realizar la cópula, pero no estéril y mediante alguna de las técnicas expuestas más adelante, puede fecundar a su pareja.

La infertilidad es "la incapacidad de la mujer para llevar a buen término la gestación a pesar de que haya acontecido la fertilización." (22)

²¹ Herbert Rojas, Alfredo. *Infertilidad*. Trabajos del Curso de Ginecología y Obstetricia. Instituto Nacional de Perinatología. México, D.F., 1995. p. 5.

²² Mac Gregor Sánchez Narro, Carlos. *Esterilidad*. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM. México, D.F., Vol. XXIII, año 23, núm. 4, 1980. p. 5

Es decir, mientras en la esterilidad no es posible la unión del óvulo y del esperma, en la infertilidad dicha unión sí se realiza, pero no las etapas posteriores necesarias para la formación del nuevo ser y posterior alumbramiento, por ello "la fertilidad, en el varón, es la capacidad de originar descendencia. Se relaciona en especial con presencia y cantidad normal de los espermatozoides aptos en el líquido seminal. En la mujer, es la aptitud de sus estructuras genitales que hace posible su fecundación".⁽²³⁾

La esterilidad, puede clasificarse desde dos puntos de vista:

- a) Conforme al tiempo de aparición;
- b) Por su duración.

Conforme al tiempo de aparición, puede ser, a su vez:

- Primaria, se presenta sin ser precedida de ningún proceso gestacional.
- Secundaria, cuando es posterior a cualquier tipo de proceso gestacional, sea aborto, embarazo ectópico, o, a término.

²³ *Medicina y Salud*. Diccionario Enciclopédico Lexis 22. Ed. Círculo de Lectores. S. A. Barcelona, España 1979. p. 138.

Por su duración, se subdivide en:

- Absoluta, cuando la causa de la misma es capaz de justificarla, y ésta, puede ser, a su vez:

a) Temporal, es aquélla que puede modificarse con los conocimientos actuales.

b) Permanente, la que no puede modificarse con los conocimientos actuales.

c) Relativa, cuando se presenta un conjunto de varias circunstancias las cuales, sumadas, disminuyen el índice de fertilidad de la pareja. ⁽²⁴⁾

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

a) Condiciones mecánicas que hacen imposible el acoplamiento, tales como: la falta congénita o insuficiente desarrollo del pene; malformaciones

²⁴ Mac Gregor Sánchez Navarro, Carlos. *Esterilidad*. Op. Cit. p. 5.

congénitas del pene, como la epispadia (desembocadura anormal del meato urinario), incapacidad de erección o impotencia.

b) Condiciones patológicas afectivas del pene: la azoospermia, o la oligospermia. "Se entiende por azoospermia la ausencia total de espermatozoides por no producirlos el hombre. La oligospermia se define como la densidad de menos de 20 millones de espermias móviles por milímetro." (25)

Las causas de esterilidad femenina, por su parte, se reúnen en tres grupos:

a) Causas que impiden la penetración del pene en la vagina: himen imperforado; atresia de la vagina (oclusión o ausencia de este orificio o conducto natural).

b) Causas que impiden la progresiva llegada de los espermatozoides a la cavidad uterina o al canal del oviducto: hipoplasia uterina (disminución del volumen del útero); tumores en el útero; estenosis u obstrucción de las trompas por adherencias o retracciones cicatriciales; procesos inflamatorios de la mucosa vaginal o de las trompas de Falopio.

²⁵ Sterling Berger, Gary. *Intratubal Insemination*. The American Fertility Society Review. Vol 48, No. 2. North Carolina, August 1987. p. 328.

c) Falta de producción de óvulos por parte de los ovarios; por ausencia congénita de los ovarios; por procesos patológicos que afectan a ambos ovarios: tumores, quistes, ovaritis, tuberculosis o por graves disfunciones hormonales. ⁽²⁶⁾

Concluiremos este apartado destacando que la literatura médica no es coincidente en el ámbito mundial, en el manejo de su terminología técnica: “Debemos diferenciar los conceptos anteriores (basados en las normas del Instituto Nacional de Perinatología de 1994) de las manejadas por la literatura anglosajona donde infertilidad se maneja como esterilidad y se define según la Sociedad Americana de la Fertilidad como la falta de concepción después de un año de relaciones sexuales sin uso de anticonceptivos.”⁽²⁷⁾

²⁶ Saporono, Aldo. *Nuestra Salud. Enciclopedia Médica de la Familia*. T. I. Ed. De Vecchi, S. A. Barcelona, España. pp. 601 y 605.

²⁷ Herbert Rojas, Alfredo. *Infertilidad*. Op. Cit. p. 5.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA INSEMINACION ARTIFICIAL

2.1. La Inseminación Artificial, Etimología y Concepto.

Hemos visto en el capítulo precedente, cómo se reproduce naturalmente el ser humano, y las causas que impiden lograrlo de esa manera. Al presentarse estos impedimentos, la pareja puede optar por métodos artificiales.

Lo anterior trae repercusiones jurídicas de muy diversa índole, por ello los investigadores de nuestra disciplina, han tratado, en principio, de ponerse de acuerdo sobre su denominación a darle. Así, el concebir artificialmente ha sido llamado de muy diversas maneras: inseminación artificial, reproducción asistida, concepción artificial, fertilización inducida, fecundación artificial, etc.

Para nosotros es más adecuado el término inseminación artificial, por las razones esgrimidas a continuación.

El vocablo Inseminación deriva del latín *in* que significa "en" y *semen* "semilla". Es decir, la semilla colocada en, y, por extensión, dentro de. ⁽²⁸⁾

²⁸ Palomar de Miguel, Juan. *Diccionario para Juristas*. Mayo Editores. S. de R. L. México. D.F., 1981. p. 725.

El término inseminación artificial no tiene una connotación jurídica universalmente aceptada, de hecho, decíamos, no existe aún una terminología utilizada en el ámbito mundial, referida a la técnica médica, cuya finalidad sea obtener el embarazo por medios distintos a los naturales, sin embargo, aceptamos el de inseminación artificial, por la acepción etimológica del término, y por la claridad del concepto, en cuanto a la significación, ésta si universal, revestida y por la comprensión gramatical de ella, en todo el mundo.

En Europa se ha acuñado la terminología "reproducción asistida" —con mayor difusión cada vez - para hacer referencia al fenómeno, pero consideramos el término no completamente adecuado en virtud de que reproducción, según la Real Academia de la Lengua Española, es la acción y efecto de reproducir o reproducirse; y reproducir, a su vez, significa volver a producir o producir de nuevo y ello no se pretende significar con el término, porque es posible que la pareja, o solo uno de ellos, nunca antes haya producido un nuevo ser como refiere el término. ⁽²⁹⁾ Por otro lado, desde el punto de vista médico, reproducir es la "capacidad de los seres vivos de generar otros organismos semejantes a sí mismos" ⁽³⁰⁾ es decir, para reproducirse, es necesario generar otro organismo vivo -

²⁹ *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. Ed. Espasa-Calpe. Madrid. España, 1984. Tomo II.

³⁰ Joven. Mariel. *Diccionario de Medicina*. Editorial Marin. S.A., Barcelona, España 1986. p. 896.

semejante a sí mismo-, lo cual, *a contrario sensu*, significa que si no se genera, si no se crea ese organismo vivo, no habrá reproducción, pero en tanto, se dieron ya todos los pasos, cuya finalidad era llegar a la preñez y posterior alumbramiento, con todas las consecuencias jurídicas inherentes, como puede ser haber externado la voluntad o no, el consentimiento del esposo de la futura madre para que pueda ser inseminada, la aparición del tercero extraño a la relación, el hecho de haber éste entregado el esperma, etc.

Por esto, el término propuesto es más descriptivo y aplicable al caso, pues nos da la connotación de colocar "la semilla", -la célula germinal masculina- "en" "dentro de", -la matriz-, cuyas consecuencias pueden ser reproducirse o no, generar un nuevo ser o no, empero ese solo hecho, trajo ya aparejado una serie de repercusiones a atender desde muy variados puntos de vista -el jurídico, primordialmente. Desde luego, lo artificial del método, va referido precisamente a que se indujo, a no ser natural, por ello, desde el punto de vista médico la inseminación artificialmente obtenida, se ha definido como "la aportación del eyaculado del varón en el aparato genital femenino realizada sin contacto sexual."
(³¹)

También se utilizan otros términos, decíamos, para referirse al hecho, como son los de concepción artificial, fertilización inducida, fecundación artificial,

³¹ Ruiz Velasco, Víctor. *Revista de Ginecología y Obstetricia de México*. V. 39, año XXXI, No. 24. México, D.F., Mayo 1976. p. 363.

etc., los cuales, al analizarlos, adolecen de la claridad del propuesto. Algunos por referirse a un momento determinado del ciclo unión de células reproductoras- período embrionario- embarazo-alumbramiento, como es el caso de la fecundación, la cual es definida por Santiago Carlos Fassi como "el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (polen o espermatozoide)", (³²) otros por el rechazo a que llaman ante la sola referencia a inducción o manipulación hecha, pero todos tienen el mérito de buscar la universalidad de un término que permita el entendimiento entre los juristas del orbe en cuanto a la figura en estudio. Hacemos nuestro el mencionado, como más amplio, y por las razones invocadas, contrariando la opinión de Alicia Pérez Duarte y Noroña, quien manifiesta: "...En primer lugar debemos aclarar qué entendemos por fecundación artificial. Ello en virtud de que oímos emplear el término como sinónimo de inseminación artificial o de fecundación o inseminación extracorpórea. Desde nuestro punto de vista, el término fecundación comprende los otros tres y se refiere a las manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos - espermatozoide y óvulo- para buscar la concepción cuando ésta no se puede o no se quiere realizar a través de la cópula." (³³)

³² Carlos Fassi, Santiago. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Ed. Driskill, S.A.. Buenos Aires, Argentina 1980. Tomo XII. p. 73.

³³ Pérez Duarte y Noroña, Alicia. *La Maternidad. ¿Es siempre Cierta? (La Modernización del Derecho frente a los avances científicos)*. Boletín del Instituto Mexicano de Derecho Comparado. Número 65. Mayo-Agosto 1989. México, D.F.. p. 497.

Discrepamos, decíamos, de tal opinión, en el sentido de comprender la fecundación a los demás; en ese sentido veamos la opinión de Chávez Asencio, respecto a la discusión en el sentido de, precisamente, si trata de una u otra cosa: “Ambos términos (fecundación e inseminación) son usados; también aparecen en la literatura jurídica y ambas situaciones pueden presentarse. Se habla de fecundación artificial, aún cuando no se descarta el utilizar 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 espermatozoides en la mujer por medios artificiales, sin asegurar la concepción como resultado. Sin embargo, casi la totalidad de 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.”⁽³⁴⁾

Por nuestra parte, reiteramos, el solo hecho de la colocación, por medios artificiales del semen en el interior del organismo de la mujer, trae diversas consecuencias jurídicas, a considerar -el consentimiento, por ejemplo, con toda la carga jurídica que subyace en él- para las cuales no importa en ese momento si se va a lograr o no la concepción, el hecho se dió y el Derecho debe contemplarlo en

³⁴ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1987. p. 24.

sí mismo. Distinto sería el caso de analizarlo, desde el punto de vista de la fecundación, lo cual implica necesariamente la concepción, como si ésta fuera lo único importante, todo lo es en el procedimiento. Desde luego la concepción traerá otra fase de protección jurídica al preembrión, al concebido, y posterior feto, pero el término propuesto no desestima tal aspecto, al contrario, es más amplia la protección tanto a los futuros padres, como al nuevo ser, al considerar la tutela del Derecho desde antes de la colocación del gameto masculino en el útero, y no, como implica el concepto fecundación, hasta conocer si hay la concepción de un nuevo ser, razón por la cual, concluimos que el término de inseminación artificial, es el adecuado. Es necesario aclarar, no obstante, que el concepto será genérico y haremos uso de él tanto cuando hagamos referencia al procedimiento de inseminación artificial en sí, cuanto nos refiramos a la fecundación *in vitro*; adelante veremos las diferencias entre una y otra técnicas; lo anterior no significa desechar el término reproducción asistida cuando se requiera hacerlo.

Citamos un primer concepto de inseminación artificial, veamos otros para atisbar la significación de la figura en estudio. Para ello, veremos los aportes que diversas disciplinas hacen al tema en estudio, para tener un panorama multidisciplinario del cómo se aprecia, a efecto de que, del análisis global, nuestras propuestas no constituyan exclusivamente consideraciones jurídicas aisladas del contexto social, sino, teniendo un paradigma holográfico, estar en

posibilidades de sustentar dichas recomendaciones en nuestro entorno, recogiendo para ello la experiencia mostrada por la realidad.

Médicamente la inseminación artificial se define como "...la toma de los gametos masculinos y su introducción por mecanismos artificiales al organismo de la hembra" (35)

Jurídicamente Gutiérrez y González manifiesta: "...la inseminación artificial como género, la defino como el encuentro del espermatozoo y el óvulo, en el genital adecuado de la hembra -útero- por la introducción del espermatozoo macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad de contacto carnal". (36)

Psicológicamente "la inseminación artificial es el método de tratamiento de esterilidad de parejas que tengan afectado el factor tubario peritoneal, inmunológico masculino o sin causa determinada no resoluble con los recursos actuales, lo cual puede acarrear trastornos de la personalidad, que reflejan en un análisis intrapsíquico profundo." (37)

³⁵ Flores Tamez, Homero. *Inseminación Intratubaria Translaparoscópica*. Tesis para obtener el título de especialista en Ginecología y Obstetricia. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Nacional de Perinatología. México, D.F., 1989. p. 10.

³⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1993. p. 697.

³⁷ Díaz Franco, Edgar Cuauhtémoc. *Inseminación Asistida. Sus aspectos emocionales y su manejo en grupo*. Tesis para obtener el diploma en la Especialidad en Psicología clínica y psicoterapia de grupo en instituciones. UNAM. Facultad de Psicología. México, D.F., 1992. p. 5.

Es de apreciarse la referencia constante al hecho de la utilización de procedimientos distintos a los naturales para conseguir un fin: la concepción de un nuevo ser.

La utilización de los medios artificiales, es lo destacable de esta técnica, al unir los elementos reproductores masculino y femenino para conseguir la concepción de ese nuevo ser cuando de manera natural no se logra esa unión, y, como consecuencia, no hay la reproducción de la pareja, ante la imposibilidad de enlace entre las células germinales humanas. Lo artificioso del logro de ese contacto, ha ido evolucionando a pasos agigantados, por ello, lo referido a posibilidades de inseminación con semen de un tercero distinto a la pareja, a la congelación del semen del marido, a la crioconservación del preembrión, etc., son cosa de todos los días.

En nuestro país, el hecho no está contemplado en la legislación -salvo aspectos aislados que veremos durante el desarrollo de nuestro trabajo- siendo realizada en diferentes hospitales tanto públicos como privados, ello significa que el Derecho se está rezagando ante una realidad social urgida de reglamentación. Para ello, los juristas necesitamos conocer, a detalle, tanto lo referido a la concepción naturalmente considerada como las técnicas artificiales utilizadas, cuestión esta última con la cual procederemos en el apartado siguiente.

2.2. Técnicas para lograr la Fecundación.

Médicamente, se conocen tres formas para lograr la concepción de la mujer de manera artificial. La diferencia entre ellas estriba en el tipo de problema de concepción natural a resolver. Más que la diferencia se refiera a la efectividad de algún tratamiento sobre otro o a lo reciente de alguno de los métodos a analizar, se atiende a la problemática para concebir padecida por la mujer o bien su pareja para fecundarla, y en razón de eso se aplica el tratamiento adecuado.

El costo de atención, estudios, análisis, infraestructura para cuidados pre y postoperatorios es muy diferente en cada uno de los tratamientos. La primera técnica sólo requiere una instrumentación indispensable, para realizar la Fecundación *in vitro* mientras que en la técnica denominada inyección intracitoplasmática de espermias es necesario el servicio de hospitalización, el trabajo de laboratorio, es aún más arduo. La vigilancia previa a la mujer para determinar, sobre la base de la temperatura hormonal, el momento adecuado para la captura de los óvulos, los estudios al padre para la obtención de los espermatozoides, la licuefacción de los mismos para separarlos del líquido seminal, el preparado de los cultivos para asemejarlos a su hábitat natural, la fecundación del óvulo en el laboratorio, verificar que la fecundación se haya dado, la posterior

transferencia del preembrión al útero o a alguna de las Trompas de Falopio y la vigilancia de la evolución de la madre, para constatar el embarazo y su cuidado para evitar el rechazo del elemento extraño, constituyen, como decíamos líneas antes, la necesidad de contar con una infraestructura, cuyo costo es sumamente alto, razón por la cual esta técnica, en México, no ha alcanzado el éxito de la que a continuación veremos.

Aquí haremos el bosquejo de cada una de estas técnicas y cómo las abreviaremos en lo sucesivo, y más adelante veremos a detalle el procedimiento a utilizar en cada una de ellas.

2.2.1. Inseminación Artificial.

Mediante ésta técnica, se busca la concepción en la mujer, colocando el líquido espermático directamente en el aparato genital femenino, para que el espermatozoide sortee el obstáculo que le impide llegar a la Trompa de Falopio, para fertilizar al óvulo. Se le presta ayuda para realizar su viaje sin tantos impedimentos. A esta técnica, por ser la primera, se le denominó inseminación artificial, y la abreviaremos como IA.

En cuanto a sus antecedentes, tenemos que "...el uso del semen crioconservado para la inseminación artificial es un procedimiento utilizado por

parte de la industria zootécnica desde hace ya cincuenta años con óptimos resultados a fin de seleccionar razas de calidad superior y de incrementar los nacimientos. En el ámbito humano la primera utilización de semen criopreservado para inseminación artificial se remonta a 1953 y la comunicación del primer embarazo obtenido utilizando este procedimiento es del año siguiente." (38)

Esta técnica se utilizó para conseguir un mejor rendimiento de especies animales y por los éxitos alcanzados en ese campo, los especialistas trasladaron dichos conocimientos para su aplicación en seres humanos; primeramente para atacar patologías y remediar incapacidades fecundantes, pero, ahora es necesario reglamentarlo.

En cuanto a antecedentes documentados más remotos, tenemos los estudios de Lázaro Spallanzani un sacerdote de Módena y Profesor de la Universidad de Pavía, Italia, quien en 1780 fecundó a una perra spaniel con el fluido seminal de un perro de la misma raza y manifiesta: "cuando la perra entró en calor la encerré y guardé personalmente la llave. Después de 13 días aislada vi signos claros de calor en ella, los órganos sexuales externos se humedecían y excretaban fluidos. En el día 23 evidenciaba estar lista para una fecundación

³⁸ Isidori, Aldo. *La Inseminación Artificial Homóloga y heteróloga en la esterilidad masculina*. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica. Volumen V, Número II. Abril.- Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università del Sacro Cuore. Roma coedición con la Escuela de Medicina de la Universidad Anáhuac. Italia-México. Junio 1994. p. 163.

artificial. Mediante una eyaculación inducida a un perro joven de la misma raza, obtuve 19 gramos de líquido seminal el cual inmediatamente inyecté en el útero por medio de una jeringa. Como la fecundación depende de la temperatura natural del semen, tomé la precaución de mantener la jeringa a la misma temperatura del animal, es decir 30°. Después de dos días vi que la perra no estaba ya en calor y 20 días después noté que su vientre estaba hinchado. El día 26 la dejé libre; 62 días después de la inyección ella parió 3 cachorros, dos machos y una hembra, semejantes a sus padres en color y aspecto. Encontré 6 gramos de fluido seminal que permanecieron en la jeringa y concluí de esto que una muy pequeña cantidad de semen se requiere en la naturaleza.”⁽³⁹⁾

2.2.2. Fecundación *In Vitro*.

La segunda forma de fecundación artificial, es la hecha en el laboratorio. Es decir, extrayendo las dos células germinales humanas, el óvulo y el espermatozoide, unir las artificialmente fuera del cuerpo de la mujer, e introducir las cuando se haya logrado la fertilización del gameto femenino -el producto se llamará a partir de este momento preembrión- esta técnica es posterior a la descrita en el párrafo precedente, aunque se aplica a casos o patologías distintas, es decir - como lo mencionamos anteriormente- la una no excluye necesariamente a la otra

³⁹ Schellen, A.M. *Artificial Insemination in the Human*. Elsevier Publishing Company, Amsterdam. Houston. London. New York, 1957. p. 13.

per se, a esta última se le conoce como Fecundación *In vitro*, en lo sucesivo la reconoceremos por sus siglas FIV.

Maricruz Gómez de la Torre nos describe los antecedentes de esta técnica: En el año 1937 un editorial de *The New England Journal of Medicine*, titulado "*Conception in a watch glass*", lanzó la idea de la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones. En 1944, Rock y Menkin vuelven a proponer la posibilidad de fecundar *in vitro* un óvulo y cultivarlo durante los primeros estados de evolución. Solamente eran ideas porque todavía no existía el conocimiento básico que permitiera desarrollarlas. En 1949 comenzaron los trabajos científicos relacionados con la técnica de la FIV y de la FIVTE, cuando Hammond demostró la posibilidad de cultivar embriones de ratón desde el estadio de 8 células hasta el de blastocito. (...) los trabajos con gametos humanos comenzaron con Edwards en la segunda mitad de la década de los años sesenta, cultivando *in vitro* ovocitos humanos. En 1976 realizaron la primera transferencia de embriones obtenida en una probeta, consiguiendo un embarazo tubárico. Dos años más tarde, logran el primer nacimiento de una "niña probeta": Louise Brown, quien nace el 25 de Julio en el Oldham General Hospital de Lancashire, demostrando que es posible transplantar un embrión humano después de haberlo obtenido en un cultivo de laboratorio, donde se han unido un espermatozoide y un óvulo." (⁴⁰)

⁴⁰ Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La Fecundación In Vitro y la Filiación*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993. p. 17.

Esta es, en síntesis, toda vez que el procedimiento a detalle lo veremos más adelante, la técnica de inseminación artificial denominada fecundación *in vitro*, y su historia médica, de donde podemos apreciar los años de estudio que se hizo necesario dedicarle para poder implementarla en seres humanos.

2.2.3. Inyección Introcitoplasmática de Espermas.

Esta técnica es conocida como *ICSI* por sus siglas en inglés (*Intracytoplasmic Sperm Injection*) -y así nos referiremos a ella en lo sucesivo- y médicamente se le califica como la conquista de la última frontera, esto es, se logra ya la introducción de un sólo espermatozoide, mediante su inyección, en el citoplasma del óvulo.

Se recomienda para las parejas cuya infertilidad se debe al factor masculino, esto es, cuando el espermatozoide del marido es fértil, pero su movilidad es muy baja, a grado tal que posiblemente aún con la fertilización *in vitro*, no logrará penetrar al óvulo, razón por la cual, a fin de librar el obstáculo de la zona pelúcida de éste, por ser una membrana particularmente dura, se deposita al espermatozoide previamente seleccionado en el interior del óvulo, lo cual trae aparejadas muchas

posibilidades de éxito de conseguir la fecundación y posterior embarazo cuando se transfiera al preembrión al cuerpo de la mujer.

Es indicado este procedimiento también para las parejas que han intentado la fertilización *in vitro* y no han tenido éxito, "así como a los pacientes con cuentas espermáticas menores a 1 millón por mililitro, y a los que registran 4 por ciento o menos espermatozoides con morfología normal." (⁴¹)

Cabe mencionar que es una técnica de muy reciente aplicación y sus alcances y consecuencias, aún no se determinan con exactitud; en efecto, si se duda de la efectividad de un espermatozoide móvil, más aún de uno cuya movilidad sea casi inexistente, pero, repetimos, la realidad es que este procedimiento es cotidiano ya en México y en otros países.

Una vez apuntadas las tres grandes formas de reproducción artificial, y de las cuales veremos a detalle el procedimiento para obtener la fecundación, pasemos al análisis de las posibles combinaciones de óvulo y semen o espermatozoide, que pueden darse.

⁴¹ Gutiérrez Najar, Alfonso. *Reproducción y Genética*. Publicación Bimestral del Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados. Año I No. 2, México. D.F., Septiembre de 1995. p. 2.

2.3. La Inseminación según las partes que en ella intervienen.

Para lograr la concepción artificial, es necesario contar con las dos células reproductoras de la pareja, pero puede darse el caso de que alguno de los integrantes de ella no pueda aportar su gameto, requiriéndose entonces la intervención de un tercero aportante de tal célula reproductora.

2.3.1. Inseminación Homóloga.

La inseminación artificial es homóloga (IAHO) cuando se utiliza el semen de la pareja de la mujer a inseminar; consideramos el término como correctamente utilizado si atendemos sobre todo a que biológicamente "...son homólogos los elementos que tienen el mismo origen..." (⁴²) en el presente caso, por analogía, el mismo origen se entenderá como provenientes de la pareja; siendo por consecuencia heterólogos los elementos cuando no tienen el mismo origen, a los miembros de la pareja.

2.3.2. Inseminación Heteróloga.

La inseminación artificial heteróloga (IAHE) es entonces aquella en la que no se utiliza el semen de la pareja de la mujer a inseminar sino el de un tercero

⁴² Diccionario Enciclopédico Quillet. Ed. Cumbre. Tomo VII. México, D.F., 1988.

-distinto a la relación-; a este tipo de tratamiento también se le conoce con el nombre de heteroinseminación o inseminación por donador.

Jurídicamente debemos resaltar la aparición de un tercero, extraño a la pareja, -la persona cuyo óvulo o espermatozoide se utilizará para la inseminación-, aspecto sobre el cual volveremos tan pronto como concluyamos el análisis de los aspectos médicos.

Autores hay quienes afirman que como heteróloga debería ser considerada la inseminación cuando se intente la hibridación de una especie con otra, por ejemplo, "...nuestra especie con el chimpancé (...) 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" (43)

De ello concluimos lo adecuado de nuestra propuesta al adoptar los términos utilizados comúnmente en la literatura médica, los cuales hacemos nuestros los juristas porque permiten tener claridad en cuanto a la pretensión de describir con ellos alguna función orgánica o biológica.

⁴³ Soto la Madrid, Miguel Angel. *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina 1990. p. 22.

2.4. Los Procedimientos para obtener la Fecundación y la Transferencia del Embrión.

Pasaremos ahora al análisis de cada uno de los procedimientos a utilizar para lograr la inseminación de las formas a las cuales hemos venido haciendo mención, la IA (Inseminación Artificial propiamente dicha), empezando por ésta, toda vez que, en realidad, ha sido la cual ha dado, en virtud a los avances de la ciencia en esta materia, lugar a la FIV (Fecundación extracorpórea o *In Vitro*) y la ICSI (Inyección Introcitoplasmática de Espermias), las cuales también veremos.

2.4.1. Procedimiento para Realizar la Inseminación Artificial.

La Inseminación Artificial es un método relativamente sencillo y de poca problemática para llevarse a cabo, según nos detalla Gary Sterling en su obra, en la cual nos apoyaremos para describirla. ⁽⁴⁴⁾

Las técnicas propiamente denominadas de Inseminación Artificial conocidas y practicadas en la actualidad, son tres, a saber: a) Inseminación Intrauterina, la cual consiste en depositar el semen dentro de la cavidad uterina; b) Inseminación Intravaginal, que se lleva a cabo colocando directamente el semen en la vagina; y, c) La inseminación vía laparoscópica, se logra mediante la

⁴⁴ Sterling Berger, Gary. *Intratubal Insemination*. Op. Cit. pp. 329 y ss.

colocación de los espermatozoides directamente en una de las Trompas de Falopio, en ésta última se tiene la ventaja de introducir los gametos masculinos en el sitio exacto donde se llevará a cabo la fecundación.

El procedimiento para llevarla a cabo es el siguiente: se induce previamente a la mujer, por medio de medicamentos, a la ovulación, y el día predeterminado, en el cual se va a realizar la inseminación, mismo que se determina mediante vigilancia clínica estrecha, se cita a la pareja, previa recomendación de una abstinencia sexual de tres a siete días, y se obtiene del esposo el esperma en un recipiente estéril, ya sea mediante la masturbación, por medio de una biopsia testicular, o por medio de aspiración.

El semen así obtenido se deja reposar de 15 a 30 minutos, se centrifuga a efecto de eliminar el líquido seminal y separar a los espermatozoides. Una vez separados éstos, se colocan en un cultivo artificial a base de albúmina - "Proteína existente en casi todos los tejidos animales y en muchos vegetales, soluble en agua, coagulable por calor y compuesta de carbono, hidrógeno, nitrógeno, oxígeno y azufre"- o suero sanguíneo y, los espermatozoides que escapan del fondo y han llegado a la superficie son seleccionados por ser los de mayor movilidad.⁽⁴⁵⁾

⁴⁵ Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas. Ed. Mc. Graw-Hill. México, D.F., 1989.

Para llevar a cabo la colocación de los espermatozoides directamente en una de las Trompas de Falopio, vía transcervical -mediante la perforación del cuello del útero- o vía laparoscópica (**) se hace un tacto vaginal para conocer el tamaño, características y movilización del útero y se procede a vaciar la vejiga mediante una sonda; a continuación se practica una pequeña incisión abajo del ombligo para la introducción de una pequeñísima aguja-cánula, con un sistema óptico con lente de 10 mm. -el laparoscopio- verificando que llegue a la cavidad peritoneal, (***) y se procede a distender el abdomen mediante la inyección de 2 a 3 litros de gas, para aumentar la visibilidad interna. Como todo tratamiento del cuerpo humano, la inyección del gas en el metabolismo de la mujer tiene sus riesgos, como se aprecia de la siguiente aseveración de especialistas en la materia: "Hay un debate en la literatura respecto a que gas debe usarse para expandir el neumoperitoneo; Hay programas en los que se prefiere el uso de gas con un 5% de dióxido de carbono 5% de oxígeno y 90% de nitrógeno para obtener presión continua durante el monitoreo intra-abdominal, porque se cree que exponiendo los folículos y los oocitos a 100% de dióxido de carbono pueden causar acidez en el fluido folicular y

** Para este fin se utiliza un instrumento llamado laparoscopio, el cual tiene una cámara microscópica, que se inserta a través de la membrana abdominal y permite inspeccionar el interior del cuerpo humano.

*** La cavidad peritoneal es el espacio entre las capas visceral y parietal del peritoneo, el cual a su vez es la membrana serosa que recubre el interior de la cavidad abdominal y rodea a las vísceras contenidas en ella. Idem.

ésto afecta el ambiente de desarrollo del óvulo. Como sea, muchos programas exitosos de Fertilización *In vitro* están usando gas con 100% de dióxido de carbono. Con ello se abate mucho más el riesgo de embolia por gas que con la mezcla conteniendo un alto porcentaje de nitrógeno.”⁽⁴⁶⁾

Posteriormente se introduce un catéter (****) accesorio llevando a cabo una segunda punción y utilizando una pinza para tomar el extremo de una de las trompas; enseguida se realiza una tercera punción por la cual se introduce una aguja al ámpula de la trompa, pasando a través de ésta, un catéter. Una vez que se encuentra de tres a cuatro centímetros dentro de la trompa, se procede a retirar la aguja con sumo cuidado, permaneciendo dentro de la misma el catéter y así se insemina dentro de la trompa la mitad de la muestra de los espermatozoides obtenidos; posteriormente se sigue el mismo procedimiento en la trompa del otro lado concluyendo así el proceso de Inseminación Artificial.

La paciente deberá ser llevada a recuperación y al día siguiente podrá ser dada de alta, y será citada alrededor de 12 días después para hacerle análisis de diagnóstico temprano de embarazo.

⁴⁶ Blankstein, J., Shlomo, M. y Lunenfeld, B. *Ovulation Induction and In vitro Fertilization*. Ed. Year Book Medical Publishers, Inc. Chicago-London. p. 175.

**** El catéter es un tubo hueco de metal, cristal, caucho blando o duro, silicio, seda engomada o plástico. que se introduce dentro de una cavidad a través de un conducto estrecho.

Hasta aquí el procedimiento de inseminación artificial vía transcervical o vía laparoscópica; los otros procedimientos son similares, con la única diferencia, tanto en la inseminación intrauterina, como en la intravaginal no hay punción, se siguen los conductos naturales, con el inconveniente para el espermatozoide de no ser colocado exactamente en el lugar donde se realiza la fecundación, deberá, por sí solo realizar el viaje hacia las Trompas de Falopio.

2.4.2. Procedimiento para Realizar la Fecundación *In Vitro*.

Veamos ahora el otro método, el de la fecundación a realizar fuera del cuerpo de la mujer, atendiendo previamente el comentario de Schenker y Frenkel: “Siete años han transcurrido desde el nacimiento de Louise Brown y la Fertilización *In vitro* se ha convertido en un servicio clínico que se ofrece a parejas infértiles en la mayoría de los países desarrollados. De acuerdo con las autoridades en FIV, para principios de 1986, ha habido cerca de 2,500 nacimientos por Fertilización *In vitro* en todo el mundo”⁽⁴⁷⁾

La fecundación extracorpórea o *in vitro* es aquella mediante la cual la unión del óvulo y del espermatozoide se logra en el laboratorio y el huevo o

⁴⁷ Schenker G., Joseph y Frenkel A., David. *Medico Legal aspects of In Vitro Fertilization and Embryo Transfer Practice*. Obstetrical and Gynecological Survey Review. Vol 41, No. 7. Department of obstetrics and Gynecology, Hadassah University Hospital. Jerusalem; and Faculty of Health Sciences, Ben Gurion University. Beer Sheva. Israel. p. 405.

preembrión se traslada al cuerpo de la mujer para llevar a cabo en él la gestación del nuevo ser.

El procedimiento para la Fecundación *in vitro* (FIV) se da básicamente en tres pasos, a saber: *a)* la obtención del óvulo u óvulos, extrayéndolos de la cavidad abdominal (propriadamente hablando se trata de ovocitos próximos a su maduración) y de los espermatozoides; *b)* la fecundación *in vitro* propriadamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación, incluyendo las primeras divisiones celulares, y *c)* la transferencia del embrión (TE) de pocas horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

El procedimiento para lograr tal fin consiste en, primeramente, inducir la ovulación de la paciente mediante medicamentos que se empezarán a aplicar a partir del segundo o tercer día de su ciclo menstrual. Una vez lograda tal ovulación se extraen varios ovocitos maduros de los ovarios antes de que se le expulse naturalmente, mediante la técnica de la laparoscopia o bien la transvaginal.

La obtención del ovocito u óvulo por laparoscopia es muy similar a como vimos que se consigue colocar el semen en la inseminación artificial, es decir, mediante la introducción del laparoscopio, la búsqueda del óvulo, su captura con una aguja succionadora especial y su extracción del cuerpo de la mujer.

"...Transvaginalmente se siguen los conductos naturales de la persona de quien se van a extraer el o los ovocitos, sin que haya punción en el cuerpo de la futura madre." (48)

Por otro lado se obtienen los espermatozoides por medio del procedimiento ya descrito cuando vimos lo referido a la Inseminación Artificial. Igual, se deja reposar el líquido seminal de 15 a 30 minutos, se centrifuga a efecto de eliminar este último y separar a los espermatozoides. "se requieren, para la fertilización, que aparezcan en las pruebas de laboratorio, de cincuenta mil a un millón de espermatozoides, en una gota de cincuenta mililitros." (49)

"Se colocan juntos, el óvulo y los espermatozoides, en una proporción de cien mil a uno, en un recipiente de vidrio con solución tiroide, y se incuban a 37 grados centígrados, durante un periodo de entre 6 y 18 horas, esperando la penetración del espermatozoide en el óvulo, lo cual se tiene la certeza que se logró si el ahora cigoto o huevo tiene su primera división celular entre las 25 y 40 horas después de la inseminación *in vitro*." (50)

⁴⁸ Pérez Peña, Efraín. *Infertilidad, Esterilidad, y Endocrinología en la Reproducción*. Salvat Mexicana Editores, S. A. de C. V. México, D.F., 1981. p. 448.

⁴⁹ Gati, Hugo. *La Familia y la Técnica Actual*. Revista del Instituto de Derecho Comparado. México Año XIV. No. 41, Mayo-Agosto 1961. p. 310.

⁵⁰ Feit Pedro, León. *Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación en los Seres Humanos*. Cuadernos de los Institutos. No. 87. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 1966. p. 47.

2.4.3. El Procedimiento para la Inyección Intracitoplasmática de Espermas.

El procedimiento para inducir la ovulación y obtener tanto los óvulos u ovocitos como el líquido espermático o semen, es similar a los señalados en las técnicas precedentes.

Una vez obtenidos unos y otros y haber centrifugado el semen, se selecciona un sólo espermatozoide sobre la base de su apariencia externa y a la, aunque ésta sea baja, mayor movilidad con relación a sus compañeros; con una microaguja se aspira al seleccionado introduciendo primero su cola para que, al momento de ser inyectado, se introduzca primero su cabeza. Con una micropipeta sujetadora se sostiene al óvulo. Se introduce la microaguja hasta el citoplasma del óvulo y una vez en posición, el esperma es inyectado. Posteriormente se retira la microaguja y se deposita el óvulo en un recipiente con medio de cultivo, dentro de una incubadora. Si la fertilización progresa hasta la división celular, la transferencia del embrión o los embriones al útero materno se llevará a cabo de 36 a 72 horas más tarde.

"El *ICSI* requiere de un sofisticado equipo integrado por paneles de instrumentos, micropipetas, microscopio, brazos mecánicos, hidráulicos y electrónicos de control remoto." ⁽⁵¹⁾

⁵¹ Gutiérrez Najar, Alfonso. *Reproducción y Genética*. Op. Cit. p. 3.

2.4.4. El Procedimiento para la Transferencia de Embriones.

Recordemos que el óvulo ya fecundado -interna o externamente, *in Vitro* o por *ICSI*-, por el espermatozoide se denomina preembrión, pero aún falta su posterior implante, su transferencia al cuerpo de la mujer, y vigilar si el procedimiento tuvo éxito para conseguir el embarazo, pues la sola fertilización extracorpórea es un paso más, pero sólo un paso más en el procedimiento, no la garantía de la preñez y del nacimiento del nuevo ser.

De esa manera, se evalúan a profundidad los resultados de cualquiera de las operaciones antes descritas y, si realmente existe fertilización, se procederá a transferir a la matriz de cuatro a ocho embriones; el procedimiento para la transferencia al útero del huevo o ya preembrión -técnica conocida como transferencia embrionaria o transferencia de embrión- se realiza vía transvaginal, introduciendo a éste junto con suero de la madre, mediante un catéter, y colocándolo directamente en la mucosa uterina o bien, de una manera muy delicada, directamente en las trompas de Falopio para tratar de evitar el rechazo por parte del cuerpo que lo recibe; una vez depositado se retira lentamente el catéter y se le traslada a recuperación interna.

"La mujer deberá guardar absoluto reposo durante varios días y estar sujeta a varios análisis para determinar, mediante diagnósticos de determinaciones

hormonales, si hubo éxito y se obtuvo el resultado buscado, es decir el embarazo de la mujer." (⁵²)

Tenemos el resultado del siguiente estudio practicado en el Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital de Rotterdam, Holanda: "Los efectos de la transferencia de embriones después de cinco días de cultivo *In vitro* fueron estudiados y comparados con resultados obtenidos de transferencias de entre 2 y 4 días. Todas las transferencias de embriones realizadas entre el 1° de Mayo y el 1° de Diciembre, ambos de 1993, fueron incluidas en este estudio. El período de cultivo del embrión fue determinado de manera prospectiva teniendo como base el día de la semana en el cual fue realizada la recolección de los óvulos. Los mejores embriones fueron seleccionados para ser transferidos. El número de embriones seleccionados fue determinado dependiendo de la calidad de los embriones disponibles y de la edad del paciente. Los embarazos viables fueron confirmados por el latido del corazón fetal grabado por ultrasonido 5 semanas después de la recolección de los óvulos. El porcentaje de embarazos viables entre 2 y 5 días fueron del 21.8% (19 de 87 posibles), 27.2% (67 de 246 posibles), 24.3% (61 de 251 posibles) y 26.6% (25 de 94 posibles), respectivamente. El porcentaje de implantes por transferencia de embriones fueron: el día 2, 12%; el día 3, 15%; el

⁵² Gafo, Javier. *Problemas Éticos de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana*. Madrid. Sociedad de Educación Atenas, 1987.

día 4, 15%; y el día 5, 17%; como conclusión tenemos que el número de embarazos viables y el número de implantes no fueron significativamente diferentes.”⁽⁵³⁾

2.5. Los Bancos de Semen.

Habíamos comentado anteriormente que el uso del semen congelado para la inseminación artificial es un procedimiento utilizado por la industria zootécnica para seleccionar razas de calidad superior y para incrementar los nacimientos, y ya en el ámbito humano su utilización se remonta a mediados de los años cincuenta, veamos entonces ahora lo relativo al procedimiento de guarda y congelamiento-descongelamiento del semen utilizar para la inseminación entre humanos.

Un banco de semen se constituye en un laboratorio especializado en cuestiones de reproducción y en él se almacenan espermatozoides congelados en nitrógeno líquido para ser utilizados en programas de fertilización a mujeres cuya pareja no está en posibilidades de fecundarla o bien en aquéllas otras solteras requerientes de apoyo en el mismo sentido.

En nuestro país existe un Banco de Semen en el Hospital Angeles del Pedregal, concretamente en la Clínica de Fertilidad, la cual depende del Grupo de Reproducción y Genética AGN, S.A. de C.V., en este banco se tiene almacenado

⁵³ Huisman G.J., Leerentveld R.A., Verhoeft, A. y Zeilmaker, G.H. *Assisted Procreation*. Department of Obstetrics and Gynaecology, Academic Hospital Rotterdam Dijkzigt, and Department of Gynaecology, Zuiderziekenhuis, Rotterdam, The Netherlands. p. 33.

semen de diferentes tipos de personas, a efecto de utilizarlos en los tratamientos de infertilidad.

A las personas aportantes del semen se les escoge de entre hombres jóvenes, estudiantes universitarios todos ellos, y cuya primera característica es la de ser, aparentemente, hombres normales; se les explica el programa a detalle y se les resalta el anonimato en el cual se va a realizar su intervención.

Los aceptantes, son sometidos a una revisión clínica completa buscando inconvenientes en su historial clínico; si no se le encuentra, pasan el primer filtro, y se les pide una primera muestra de semen, la cual se obtiene, en esta clínica, exclusivamente por masturbación, -recordemos que es posible obtenerla también por biopsia o por aspiración-, y se le somete a dos consideraciones, a saber: si es o no una buena muestra de semen. Una buena muestra de semen es aquella en la cual se contienen más de cincuenta millones de espermatozoides por mililitro, más de cincuenta por ciento de movilidad y más de veinte por ciento de formas anormales de acuerdo al criterio estricto de la morfología de Krugg, y, como mínimo, un mililitro, de líquido espermático. Los que no proporcionan buenas muestras, son excluidos del programa.

A quien proporciona buena muestra, se le programa para conseguir cuando menos una muestra más cada semana; a cada muestra se le hace un

espermocultivo -buscando enfermedades como la gonorrea, sífilis, sida, etc.- el cual debe ser siempre negativo para continuar adelante; cada muestra se recibe en un recipiente esterilizado y se pasa a un tubo de ensayo, en donde se centrifuga -se separan los espermatozoides del líquido seminal- posteriormente se concentran veinte millones de espermatozoides en una pajilla o popote en la que habrá una parte de líquido criopreservador -mezcla de citrato de sodio con sales minerales, sodio, potasio, cloro, magnesio y proteínas, de las cuales la fuente es la yema de huevo- y el resto será líquido seminal, para evitar la muerte por encontrarse en un ambiente inhóspito.

Una vez en la pajilla o popote, con la mezcla debida, se guarda en nitrógeno líquido a menos ciento setenta y seis grados centígrados (-176°C).

Cuando hay necesidad de utilizar una de estas muestras, se extrae el popote, se pone en la incubadora a temperatura ambiente con un nuevo medio de cultivo, debiéndose colocar abajo la mezcla congelada y arriba el nuevo cultivo.

En un tiempo de entre 5 y diez minutos la muestra será homogénea y habrá alcanzado ya la temperatura ambiente, se agita suavemente y se identifica cual es el porcentaje de movilidad que hay en una gota de diez microlitros, para determinar si la muestra es útil para fecundar a un óvulo, y lo será si hubo tan

sólo una pérdida del 15 al 30 por ciento de movilidad de los espermatozoides durante la etapa de congelación; esto es, si la muestra original, como es común, tenía una movilidad del sesenta por ciento, con un quince por ciento que pierda, termina con un cuarenta por cinco por ciento de movilidad, lo cual, a su vez, se traduce entre un ochenta y cinco y un noventa y cinco por ciento de probabilidades de fertilización *in vitro* y entre un veinte y un veinticinco por ciento en inseminación artificial.

Todo el procedimiento, desde la extracción del popote del nitrógeno hasta que alcanzan los espermatozoides su mayor grado de movilidad, se lleva un tiempo aproximado de cuarenta y cinco minutos, lo cual es extraordinariamente rápido si se toman en cuenta las condiciones de congelación bajo las cuales estuvieron los gametos.

Hasta aquí el procedimiento de consecución y posterior guarda del semen. Este se utilizará cuando, de común acuerdo, ante la imposibilidad por parte del marido de fecundar a su pareja, se solicita apoyo para conseguir la fecundación con el semen de un tercero, en cuyo caso, se seguirá el procedimiento de descongelación y se utilizará alguna de las técnicas de implantación descritas anteriormente, esto es, inseminación artificial, fecundación *in vitro* o ICSI. (****)

**** Información obtenida el día 3 de Octubre de 1995, mediante entrevista directa con el Doctor Orlando Martin Espinoza, Director de la Clínica de Fertilidad, realizada en las instalaciones de la citada clínica en el séptimo piso de la Torre de Consultorios del Hospital Angeles del Pedregal, México, Distrito Federal.

Existe otro banco de semen en la Unidad de Biología de la Reproducción del Hospital Adolfo López Mateos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado. En dicha Unidad se ha montado la técnica de Criopreservación de Semen Humano a temperatura de -196 grados centígrados en nitrógeno líquido, permitiendo almacenar muestras por varios años sin que se reporten alteraciones genéticas en los espermatozoides. “La inseminación artificial con semen de donador es una de las alternativas de tratamiento para la esterilidad masculina. En México desde hace más de veinte años se ha venido practicando la inseminación con semen donado con buenos resultados y es bien aceptado. El aumento de las enfermedades transmitidas por vía sexual y el conocimiento de alteraciones genéticas como causas de esterilidad obliga a que los donadores sean meticulosamente estudiados por lo que la criopreservación de semen humano parece ser una solución.”⁽⁵⁴⁾

Como se aprecia, en hospitales del sector oficial se cuenta también con bancos de semen y en el Hospital Adolfo López Mateos, desde el año 1985 se estableció la metodología indispensable para llevar a cabo análisis sobre la calidad del semen, para identificar en una muestra del mismo la movilidad, la vitalidad y la estructura general de los espermatozoides, así como la presencia de elementos

⁵⁴ Hernández, R. J., Chávez Olivares V. M. A. y Contreras, Z. I. *Criopreservación de Semen Humano*. Publicaciones para el Medline de la Unidad de Biología de la Reproducción del Hospital Adolfo López Mateos del Instituto Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado. p. 2

distintos a las células reproductivas y se considera que cuando menos el cincuenta por ciento de los espermatozoides debe tener un desplazamiento rectilíneo para que la muestra sea considerada como normal. La vitalidad espermática se determina por medio de algún colorante supravital, los espermatozoides muertos incorporan el colorante porque el aislamiento proporcionado por la membrana nuclear ya no existe y es posible diferenciarlos de los vivos porque éstos son translúcidos y así determinar un porcentaje de vitalidad. Cuando una muestra presenta espermatozoides muertos en su totalidad, se le conoce como necrozoospermia.

El establecimiento de un banco de semen humano como con el que cuentan para practicar la inseminación tanto homóloga como heteróloga es considerado por el personal del Hospital Adolfo López Mateos como seguro, eficiente, práctico y con la ventaja de mantener la función reproductiva normal de los espermatozoides, aún estando almacenados por períodos indefinidos en nitrógeno líquido. El semen para el banco se obtiene de estudiantes de medicina, cuyo primer requisito es ser gente joven -sin un parámetro definido-, se les hacen estudios genéticos para detectar alteraciones como pie zambo, labio o paladar hendido, alasmia, se les hacen también pruebas para detectar Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, hepatitis C, enfermedades venéreas tales como gonorrea, sífilis, además se analiza que no tengan relaciones bisexuales ni homosexuales durante el procedimiento. La muestra de semen se obtiene por masturbación, exclusivamente.

El equipo para crioconservar consiste en un termo con un recubrimiento de fibra de vidrio que impide la pérdida de calor, rodeado por aluminio, canastillas metálicas que sostienen las varillas de aluminio en las que son colocados los criotubos de plástico no tóxico donde son depositadas las muestras con el crioprotector, las muestras se colocan diez a quince minutos en vapores de nitrógeno líquido antes de ser colocadas en el fondo del termo.

Desde el año 1985 se han practicado en el Hospital Adolfo López Mateos aproximadamente 35 inseminaciones con semen congelado; de ellas 7 han sido homólogas y el resto, 25, heterólogas. se ignora cuantas homólogas con semen sin congelar se han practicado, en virtud de realizarse esta práctica desde hace 25 años. El promedio de embarazos, en ambas técnicas, es de entre un 40 y un 50%.

(*****)

En el Instituto Nacional de Perinatología de la Secretaría de Salud se cuenta con un banco de criopreservación de semen para realizar exclusivamente inseminaciones homólogas. Se obtiene el fluido espermático por masturbación y se guarda para utilizarlo en el momento oportuno para realizar la inseminación.

***** Información obtenida el día 19 de Octubre de 1995, mediante entrevista directa con el Doctor Jaime Hernández Rivera, Subjefe de Servicios de Ginecología y Obstetricia del Hospital Adolfo López Mateos del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado, realizada en las instalaciones de la citada Unidad en el Segundo piso del Hospital mencionado en la Ciudad de México, Distrito Federal.

En esta institución se utilizan las técnicas de Inseminación Artificial, de Fertilización *In vitro* y una variante de ésta denominada Transferencia Intratubaria de Gametos o GIF por sus siglas en inglés. Ésta última es propiamente una fecundación *In vivo*. El procedimiento para lograrla consiste en obtener las células germinales masculinas, prepararlas en el laboratorio, obtener también las células germinales femeninas, unir ambas externamente en el laboratorio a fin de facilitar el acercamiento de los espermatozoides y los óvulos e inmediatamente después depositarlas juntas en una de las trompas uterinas esperando que la fecundación se produzca de manera natural. Se diferencia de la fertilización *In vitro* en que en ésta los médicos se esperan hasta tener la certeza de la división del óvulo, lo cual implica la fertilización del mismo mientras que en el GIF no hay esa espera, solo el acercamiento de los gametos, y se deja lo demás a la naturaleza.

En el Departamento de Reproducción Asistida del Instituto Nacional de Perinatología de la Secretaría de Salud, se atienden aproximadamente 60 personas al mes por inseminación artificial de las cuales en aproximadamente el 40% se obtiene el embarazo buscado. Por GIF o por Fertilización *In vitro* se atienden entre 15 y 30 mujeres. El porcentaje de éxito con estas técnicas, en promedio, es del 12% con FIV y 20% con GIF. (*****)

***** Información obtenida el día 17 de Octubre de 1995, mediante entrevista directa con el Doctor Fernando Gaviño Gaviño, Jefe del Departamento de Reproducción Asistida del Instituto Nacional de Perinatología de la Secretaría de Salud, realizada en el Tercer Piso de las instalaciones del citado Instituto en la Ciudad de México, Distrito Federal.

Lo anterior nos permite visualizar que, no obstante lo elevado del costo para la consecución del embarazo mediante éstas técnicas artificiales en clínicas privadas, las instituciones públicas de asistencia en la materia, día a día incrementan tanto el número de población a atender cuanto del personal especializado en estas técnicas, mejoran el equipo, el instrumental, tienen mayor interrelación con médicos tanto de nuestro país como del extranjero gracias a las ventajas de las comunicaciones, lo cual trae aparejado un mayor cuidado en la atención de los problemas de salud reproductiva en la población con este tipo de conflictiva, la cual, no debemos olvidar, es la mayormente vulnerable en nuestra nación y, si no encuentra asistencia en este tipo de instituciones, difícilmente obtendrá apoyo para cristalizar su aspiración de reproducirse.

Esta facilidad, al mismo tiempo, trae como consecuencia que los embarazos y nacimientos obtenidos por medio de técnicas no naturales, estén aumentando día a día y, con ellos, la problemática a atender por nuestra disciplina.

CAPÍTULO TERCERO

FILIACION

3.1. Etimología y Antecedentes en el Derecho Romano.

La etimología del término Filiación, según el Diccionario Jurídico Mexicano, la encontramos en las raíces latinas: "...*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." ⁽⁵⁵⁾

Esto es, dentro de una primera acepción del término en estudio se hace referencia a la relación natural y de hecho, surgidas entre el ser engendrado y sus progenitores, dando preponderancia a aquél, lo cual deriva del significado etimológico de hijo que se da a la filiación.

Planiol, al respecto nos dice: "La filiación, de donde deriva el verdadero parentesco, es un hecho natural, que la ley únicamente reglamenta para determinar su prueba." ⁽⁵⁶⁾

⁵⁵ Galindo Garfias, Ignacio. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, p. 147.

⁵⁶ Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV. Traducción de José María Cajica Jr. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana. B. C. México, Distrito Federal, 1946. p. 283.

Corroborar, de esta manera, la mención en el sentido de ser una relación natural y de hecho existente entre los progenitores y el hijo, agregando que la ley, al contemplar esa relación natural, la reglamenta únicamente para determinar su prueba. Es importante observar este concepto pues lo retomaremos más adelante al hacer nuestras propuestas respecto a la necesidad de contemplar nuevas fuentes de filiación.

Veamos entonces cuáles son los antecedentes de la figura que hoy nos ocupa, en el Derecho Romano, en donde encontramos a Eugene Petit quien la menciona como un efecto del matrimonio respecto de los hijos, y sostiene: "Los hijos nacidos *ex justis nuptiis* son hijos legítimos, *liberi justii*. Están bajo la autoridad de su padre o del abuelo paterno, siendo el padre *alieni juris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, y toman también su nombre y condición social. En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado. Sólo la *manus* podía modificar esa relación, siendo entonces los hijos agnados de su madre en el segundo grado, *in manu*, y entonces es para ellos *loco sororis*.

"La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. Respecto del padre, la paternidad era incierta, y se recurría a lo siguiente: presumiendo que el marido de la madre sea el padre. Esta presunción no

es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el periodo de la concepción. Para facilitar la solución de estas cuestiones, el Derecho Romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta días; de suerte que el hijo será *justus* si nace el ciento ochenta y un días, lo más pronto, después y comprendido el del matrimonio, o el trescientos y un días, a más tardar, después, y comprendido el de la disolución de las *justae nuptiae*.

"Capitolino y Apuleio cuentan que desde Marco Aurelio la filiación se hacía constatar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días, en Roma al *praefectus aerarii*, y en provincias a los *fabularii publici*."⁽⁵⁷⁾

Aunque para efectos de nuestro estudio basten los antecedentes citados respecto de la filiación en el Derecho Romano, debemos destacar el tratamiento dado en aquel Derecho a la citada figura, el cual fue extenso, pues como bien nos dice Jorge Mario Magallón, abundando sobre el mismo tema: "...la cognación no produce efectos jurídicos, porque los que están ligados por ella, no forman parte de

⁵⁷ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, S. A. Novena Edición. México, Distrito Federal, 1992. p. 108.

la misma familia. En cambio en el Derecho Pretoriano, si bien no se puede modificar

el Derecho Civil y privar de la herencia a los agnados, se reconoce y confiere a los cognados la *bonorum possessio* (posesión de los bienes hereditarios) y les concede la *exceptio doli* para defenderse contra el heredero. Por último, en el Derecho Justiniano el parentesco consanguíneo se toma como base para el derecho de sucesión y demás derechos de familia." (58)

Concluamos nuestro breve repaso por el Derecho Romano, circunscribiendo al mismo tiempo lo que Jorge Mario Magallón llama la trilogía vigente en esa época en materia de filiación: la legítima, la natural y la adoptiva. Hicimos ya referencia a la legítima (*liberi justii*), y "en los otros casos en que los hijos provienen de una unión no matrimonial, pero no prohibida por la ley, el concubinato, la filiación era natural y los hijos tenían la calidad de *liberi naturalis*. Si ellos nacían de una unión que estuviere impedida entre los padres, entonces podían ser adulterinos o incestuosos. Si resultaba por la adopción, entonces se daba una filiación legal: la adoptiva." (59)

⁵⁸ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S. A. México, Distrito Federal, 1988. pp. 432 y 433.

⁵⁹ Idem. p. 430.

De esta manera sabemos ahora que nos llegan desde los romanos los tres tipos de filiación antes invocados.

3.2. Evolución en la Edad Media, hasta el Código Napoleónico.

Para efectos de nuestro estudio, decíamos líneas arriba, bástenos los antecedentes referidos de la filiación en el Derecho Romano, pasemos, así sea brevemente, a asomarnos a la evolución que el Derecho en general y a la figura en estudio en particular han venido teniendo.

El inicio de la Edad Media se marca con la caída del Imperio Romano de Occidente, con lo cual se da un vuelco en la vida regida por las sapientísimas disposiciones de la Lex, y se empieza un nuevo peregrinar para ir conformando nuevas reglas que regularan la vida de los seres humanos en lo general y en lo particular.

Para los efectos de este Capítulo, y con la finalidad de indagar los inicios de lo actualmente conocido, en nuestro sistema Romano-Germánico, como Derecho codificado, nos ubicaremos en Europa, en la época que los estudiosos conocen como la de la Recepción del Derecho Romano, la cual abarca de los siglos XII al XV.

En efecto, encontramos en esta época los primeros antecedentes de lo que actualmente es nuestra codificación jurídica, pues como nos dice Soberanes Fernández: "No es exagerado afirmar que los antecedentes de la codificación hunden sus raíces hasta la Escuela de los glosadores de los siglos XI a XIII. En efecto, la influencia de la Escolástica con su método inductivo y el principio de los universales, impulsó a los grandes maestros de Bolonia, que tenían que trabajar con el casuismo del Derecho Justiniano, a tratar de desentrañar los conceptos generales o universales que informaban las grandes enseñanzas contenidas subyacentemente en el *Digesto*..."⁽⁶⁰⁾

Demos entonces un breve vistazo al pensamiento de esta Escuela de los glosadores, la cual se caracteriza por interpretar todo en el sentido literal del texto; cronológicamente se le ubica en los albores del siglo XII. "... el Jefe de la misma fue Imerio de Bolonia, quien murió a mediados del siglo XII y entre sus discípulos se cuentan a Bulgaro, Martino, Jacobo y Hugo, quienes estudiaron el Derecho Romano conforme a las colecciones de Justiniano, cuyo conjunto desde esa época, toma el nombre de *Corpus Juris Civiles*, en oposición al *Corpus Juris Canonici*".⁽⁶¹⁾

⁶⁰ Soberanes Fernández, José Luis. *Historia del Sistema Jurídico Mexicano*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Distrito Federal, 1990. p. 65.

⁶¹ Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Porrúa, S. A. México, Distrito Federal, 1981. p. 556.

El haber mencionado al Derecho Canónico nos obliga a reflexionar que éste es el conjunto de reglas por las cuales se gobierna la iglesia católica. "... Sus fuentes principales, son: La Biblia, los Concilios y las Cartas de los Papas. Durante más de mil años fueron reunidos en colecciones privadas, después, en los siglos XIII y XIV, en una serie de colecciones oficiales que forman el *Corpus Juris Canonici*..." Los tribunales eclesiásticos u oficialidades lo aplicaban en un gran número de causas, que aumentaban su competencia, principalmente en las relativas al matrimonio, testamentos y juramentos. Muchas de nuestras instituciones modernas llevan la huella de esta prolongada influencia doctrinal, política y judicial de la Iglesia. ⁽⁶²⁾

Retomemos el tema de la Escuela de los Glosadores, quienes consideraban al Derecho Romano como técnicamente superior al de los otros pueblos y recurrían a él para buscar soluciones a los problemas que se iban presentando utilizando para ello el método exegético, es decir buscaban en el texto de la disposición en comento un punto de apoyo, una base para la tesis considerada como la justa solución al problema, misma que tendría completa autoridad si se apoyaba en la Ley Imperial, como llamaban al Derecho Romano y, con más

⁶² Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV. Op. Cit. p. 36.

exactitud, si su fundamentación se hacía sobre textos de la compilación de Justiniano.

"Subyugados por el grado de perfección del Derecho, y de la doctrina jurídica ahí reunida ven en el *Corpus Iuris* no un Derecho, sino el Derecho. El Derecho, según su concepción, se ha dictado una vez y para siempre y se encuentra, justamente, en las sentencias del *Corpus Iuris Civilis*". (63)

Vemos, como los glosadores primero y los posglosadores después se reencontraron con un Derecho, por decirlo así, ya hecho, la compilación a la que hicimos mención líneas arriba, pero se concretaban a observarlo, casi a venerarlo como una cosa ya acabada.

Citaremos, por último, por tener estrecha relación con la evolución de nuestro Derecho, a los continuadores de la Escuela de los Glosadores, la Escuela de los Posglosadores: "... Los glosadores, al enseñar en forma escolástica, comenzaron a eliminar incongruencias, armonizar pasajes discordantes, y a racionalizar, sistematizar y modernizar sus reglas. Los Posglosadores continuaron este proceso, yendo más allá del antiguo texto, lo adaptaron audazmente a las necesidades de su

⁶³ Hernández Gil, Antonio. *Metodología del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1945. p. 50.

época. En manos de estos exégetas, el Derecho Civil pasó a ser una disciplina académica con metodología y doctrina propia." (64)

Demos ahora un salto en la historia para ubicarnos, por razón de nuestro estudio, en el Siglo XVII, y contemplar que la "... idea de la codificación como tal surge en Alemania en el siglo XVII con la figura de Gottfried Wilhelm Leibniz en su obra *Nova Methodus Discendae Docendaeque Jurisprudentiae* de 1667, en que un genio de la matemática, que supo dar un fin trascendente a la concepción mecánica del universo, planteó una nueva técnica legislativa, profundamente lógica y revolucionaria, el cual, a su vez, supo recoger toda la tradición del jusnaturalismo racionalista...". (65)

Vemos que transcurría la tercera parte del siglo XVII cuando se da la primera codificación del Derecho. Habrían de transcurrir más de cien años para la aparición del primer Código Civil del cual tenemos constancia, el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*, expedido en Prusia, para posteriormente expedir, también en ese país el *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten*, en 1791, que entró en vigor en Prusia el 1º de Junio de 1794, bajo el título de

⁶⁴ Jucnger, Frederick K. *Dos Culturas Jurídicas*. Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos. Universidad Nacional Autónoma de México. México. Distrito Federal, 1990. 1a. Edición. Tomo I. p. 18.

⁶⁵ Soberanes Fernández, José Luis. *Historia del Sistema Jurídico Mexicano*. Op. Cit. p. 65.

Allgemeines Landrecht, "que se puede traducir como 'Derecho Común del Territorio'".⁽⁶⁶⁾

Hicimos referencia anteriormente, dentro de la trilogía de la filiación, a la adoptiva como una de las aristas de ella, cuando vimos el legado romano al respecto.

Veamos ahora qué aconteció en la época histórica que estamos analizando: "El Landerecht en Prusia de 1794, tiene importancia por ser de la misma época del Código Napoleónico; en aquel código se contenían disposiciones sobre la adopción, en él se decía que se formalizaba mediante contrato escrito confirmado por un tribunal: era un contrato solemne y como condiciones se señalaban las siguientes: el adoptante debería tener cincuenta años cumplidos, no estar obligado al celibato y carecer de descendencia. En cuanto a los efectos, el adoptado tomaba el nombre del adoptante y se generaban los mismos derechos como si fueren padre e hijo legítimo."⁽⁶⁷⁾

Como mencionábamos anteriormente, no puede considerarse el Derecho una cuestión desagregada, aislada que viene dando tumbos. La referencia anterior nos permite sostener la afirmación en el sentido de que, así como venía

⁶⁶ Idem. p. 67.

⁶⁷ Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa. S.A., México, Distrito Federal, 1987. p. 195.

evolucionando el Derecho en general, nuestra institución, a la par, venía teniendo su propia conformación histórica para llegar a como hoy la conocemos.

Hagamos mención ahora a la "Escuela de la Exégesis"; esta Escuela tuvo tres fases: la primera de 1804 a 1840; la segunda, y de apogeo, que se extiende hasta alrededor de 1880; y una tercera fase, de ocaso, la cual concluye en 1889.

Entre sus máximos exponentes encontramos a A. Duranton, Troplong y Baudry Lacantinerie, entre otros, "... Tiene como característica el culto al texto de la ley y a la intención del legislador, siendo este último, en la manera como lo plantea esta Escuela, omnisapiente y completamente racional. Sostenía, que si el único Derecho es la ley, los jueces no deben interpretar, pues cuentan para sus decisiones con un plan y un orden ya preparado que son los libros, y dentro de ellos los títulos, los capítulos, las secciones y los artículos, y sólo vale, entonces, la conformidad con el texto." (68)

Una vez presentado el panorama general de la Escuela de la Exégesis, podemos visualizar los aspectos históricos bajo los cuales se dió la codificación del primer gran Código Civil de los tiempos modernos: "El Código Civil Francés o *Code Napoléon*". Con él, la escuela en cita pretende haber alcanzado la cima

⁶⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Ed. Themis. México, Distrito Federal, sin fecha de edición. p. 364.

jurídica, después de la citada codificación, ya el juzgador tendría "una regla para cada caso", y ya no tendría que devanarse el seso buscando la interpretación de la ley, ésta era ya clara, precisa y sin lagunas, en una palabra, los exégetas creyeron haber elaborado un Código perfecto, de ahí afirmaciones como las siguientes: "Es en el Código Napoleón donde debe estudiarse el Derecho Civil, todo se encuentra en la ley, basta simplemente aplicarla. Y la célebre del profesor Bignet 'no conozco el Derecho Civil, enseñó el Código Napoleón'." (69)

No obstante, el Código en mención tiene a su favor el hecho de ser el primer gran esfuerzo consolidado, por lo demás, de codificación del Derecho privado en el mundo moderno, desde luego el mérito es del Gran Corzo, quien, con una gran visión orquestó a un grupo de juristas para elaborar la compilación que lleva su nombre y de la cual él predijo, con gran certeza además, en su exilio en Santa Helena: "Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias..., pero lo que nunca podrá borrarse, lo que vivirá para siempre, es mi Código Civil." (70)

En este Código, se establecía: "... una distinción respecto de los hijos ilegítimos llamándose naturales a aquéllos cuyos padres hubieran podido contraer

⁶⁹ Bonnacase, Julián. *La Escuela de la Exégesis*. Ed. Cajica. Puebla. México, 1944. p. 29.

⁷⁰ Van Leeuwen, W.C.J. *Normas Morales y Reglas de Interpretación en el Derecho de Contratos*. Revista del Instituto de Derecho Comparado. Consejo Superior de Investigaciones Científicas No. 2. Enero-Junio 1954. Barcelona. España. p. 119.

matrimonio válido en el momento de la concepción y llamando adulterinos, incestuosos, mánceres y sacrílegos a todos aquéllos cuyo padre y madre no podían contraer matrimonio válido, por existir un impedimento insuperable, a saber: la existencia de matrimonio válido de uno de los progenitores, en el momento de la concepción (adulterinos), el lazo de parentesco por consanguinidad y por afinidad en grado inmediato (incestuosos), por haber sido engendrados en vientre de mujer pública (mánceres) o haber sido engendrados o concebidos respectivamente por varón que había recibido órdenes sacerdotales o por una mujer profesada en un orden religioso (sacrílegos). Todos ellos eran considerados espurios y por ello llevaban ante la sociedad una marca de infamia." (71)

Es interesante también conocer cómo, las necesidades "de Estado", influyen en la elaboración de una obra como el Código en referencia y, respecto a las cuestiones particulares de nuestro estudio, Planiol nos refiere: "... fue Bonaparte quien hizo que se admitieran en el Código dos instituciones: la adopción y el divorcio por consentimiento mutuo. A este respecto obró por política. No teniendo hijos en su matrimonio con Josefina Beauharnais, y pensando ya fundar una dinastía, estableció en la ley, a manera de reserva, este doble medio de obtener un heredero, ya fuese por otro matrimonio o por adopción. Su divorcio, seguido de su

⁷¹ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil*. Primer Curso, Parte General, Personas, Familia. Ed. Porrúa, S. A. México, Distrito Federal, 1980. p. 620.

matrimonio con María Luisa y del nacimiento del Rey de Roma. lo dispensó de recurrir al segundo medio. Parece que él mismo impidió la publicación de las actas sobre la adopción, para que nunca se conociesen las ideas que había expuesto sobre esta materia." (72)

De esta manera contemplamos cómo evolucionó el Derecho Privado después de la llamada recepción del Derecho Romano, hasta la primera gran codificación de él hecha y a la par de ello vamos viendo cómo evoluciona la institución que nos ocupa en lo particular por no poder desligarse ésta de la vida del Derecho.

Hagamos una breve mención a nuestro país para empezar a concatenar nuestro estudio de la evolución del Derecho que vamos analizando con la situación de México. Mientras en Francia, en 1807, el 9 de Septiembre concretamente, se le estaba dando al Código en cuestión, la denominación de Código Napoleón, como un homenaje a Napoleón Bonaparte, aquí, apenas se encontraba en ciernes la declaración de independencia que se daría tres años después, es decir, continuábamos siendo una colonia española; en esa virtud, es obligado hacer referencia, así sea somera, a la evolución de aquél Derecho.

⁷² Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Op. Cit. p. 54.

3.3. Evolución en el Derecho Español.

El Derecho Romano tuvo una marcada influencia en España, tan es así, se sostiene, que "en las instituciones jurídicas españolas existía una romanización absoluta".⁽⁷³⁾

A la caída del Imperio Romano de Occidente, los godos y los visigodos invaden a España, dando como resultado una mezcla entre las reglas hispanorománicas y las de los pueblos que, de hecho, se fusionaron con ellos, pero el Derecho Español, mejor estructurado y más eficaz, fue enseñoreándose sobre el rústico Derecho bárbaro. Se infiere que poco a poco fue imperando la idea de la territorialidad del Derecho, es decir, normas comunes a todos los habitantes de la península consiguiendo un amalgamamiento de ambos órdenes normativos hasta conseguir un ordenamiento con características propias. "... Resultado de lo cual fueron varias recopilaciones (*leges romanoe barbarorum*), como por ejemplo el *Código de Eúrico*, el *Breviario de Alarico* y sobre todo el *Liber Judiciorum*".⁽⁷⁴⁾

Podemos, de esta manera, apreciar cuáles son las primeras recopilaciones dadas en la Península Ibérica, en los alrededores del Siglo V, D.C., ya que, posteriormente, cerca del año 711 D.C., España es nuevamente invadida, esta vez por los musulmanes, árabes y bereberes, pueblos islámicos impulsados por un

⁷³ Mínguijón. Salvador. *Historia del Derecho Español*. Ed. Labor, S. A. Barcelona. España 1933. p. 39.

⁷⁴ Soberanes Fernández, José Luis. Op. Cit. p. 26.

profundo sentimiento religioso-conquistador, invaden la península y se imponen en la misma.

Imperó hasta antes del Siglo XII un total desconcierto en materia jurídica en España, como nos dice Miguel Macedo: "se estaba en España, hasta antes del Siglo XII, a cien leguas de los textos, se vivía sobre la tradición, manuales de leyes bárbaras, el derecho feudal, el derecho canónico se mezclaban a las leyes romanas deformadas y mal comprendidas y constituían la base de la enseñanza en la escuela y de la práctica jurídica". (75)

Posteriormente encontramos en España el *Fuero Juzgo*, mismo que constituye la traducción del latín al castellano del *Liber Judiciorum*, con algunas modificaciones por lo cual no era exactamente igual, misma compilación que "... nunca se derogó y en fecha tan reciente como 1778, existe una cédula que obliga a los tribunales de un caso X a someterse a lo dispuesto por el Fuero Juzgo (traducción del *Liber* hecha hacia la mitad del siglo XII en tiempo de san Fernando, Rey de Castilla y León)". (76)

⁷⁵ Macedo S., Miguel. *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*. Ed. Nacional México, 1931. México, Distrito Federal. p. 75.

⁷⁶ Pacheco, José Francisco. *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*. Imprenta de Publicidad. Madrid 1847. Citado por González, María del Refugio. *El Derecho Civil en México 1821-1871*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Distrito Federal, 1988. p. 31.

Este Fuero Juzgo se otorgó a algunas localidades como fuero municipal, lo cual tuvo buena aceptación. Pero a las localidades que no tenían fuero propio se mandó preparar una especie de código tipo, al cual se denominó *Fuero real*, "... este *Fuero Real* fue redactado, no sabemos por quién, entre 1252 y 1255, y tuvo varios nombres: *Fuero del Libro*, *Libro del Fuero de las leyes*, *Fuero Castellano*, *Libro de las Flores o Flores de las Leyes*, aunque finalmente el que trascendió fue el primero, o sea el Fuero real. De Alfonso el Sabio también fueron las *Leyes de Mesta y el Ordenamiento de Tufurerías*." (77)

Sin que pueda precisarse la fecha, entre 1295 y 1312, se publican en el País en estudio, las *Siete Partidas*, cuyos antecedentes son *el Espéculo*, un Código de Derecho Real, que se vio obligado Don Alfonso el Sabio a elaborar -él mismo al frente de un grupo de distinguidos juristas- en virtud de los conflictos suscitados entre los fueros locales y los reales, y tratando de esta manera de determinar qué litigios se resolverían por el fuero del Rey, y cuáles por los fueros locales. También constituyen antecedentes *Las Leyes Nuevas*, reeditadas bajo el nombre de *Leyes de Estilo*; "las *Partidas* representan la culminación de toda esa actividad jurídica. En cuanto a la fecha de publicación, todos coinciden en atribuírsela a Alfonso X *el Sabio*, pero no están de acuerdo en cuanto a la fecha de su edición. Después de un amplio estudio sobre las semejanzas y discrepancias de *Las Partidas*, *el Espéculo*.

⁷⁷ Soberanes Fernández, José Luis. *Historia del Sistema Jurídico Mexicano*. Op. Cit. p. 28.

el Doctrinal, el Setenario, el Libro de las Leyes y el Fuero Real, se llega a la conclusión que la edición más antigua de ellas es *el Espéculo*". (78)

Finalmente, quien va a lograr recopilar de manera oficial el disperso Derecho castellano, fue Felipe II en 1567 con la *Recopilación de Leyes de estos Reinos*, popularmente conocida como *Nueva recopilación*, la cual va a concluir el cuerpo legal más importante de Derecho castellano, junto con las *Siete Partidas*, que se aplicarían en el México colonial.

Hemos venido siguiendo el sistema, y continuaremos así, de analizar la evolución del Derecho en general y ver qué va pasando con la institución que en particular estamos analizando; España no constituye una excepción respecto a la filiación, y sus diferencias, si las hay, son sutiles en España, respecto de cómo adoptó la figura del Derecho Romano.

"Según el Derecho de las Partidas, que en esta parte sigue la disposición del Romano, se entiende igualmente por hijo natural el procreado de barragana o concubina libre o soltera, que sea una y no virgen, ni viuda honesta, por hombre

⁷⁸ González, María del Refugio. *El Derecho Civil en México 1821-1871*. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Distrito Federal. 1988. p. 35.

también soltero que al tiempo de la concepción pudiera casarse con ella; Ley 2, Tit. 14, parte 4; Ley 1, Tit. 15; Ley 1, Part. 4 y Ley 8 Tit. 13, Part. 6.

"La Ley 11 del tomo (ley 1, Tit. 5, Lib. 10, Nov. Rec.), dispone que el hijo se diga natural cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal que el padre lo reconozca por su hijo; aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendró en su casa ni sea una sola. No es ya pues necesario para que el hijo se diga natural, que nazca de concubina, y que ésta viva en la misma casa con el padre, ni que sea una sola, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, ni que precisamente al tiempo de la concepción haya de haber en los padres aptitud de casarse, con tal que si no hay entonces, la haya después al tiempo del nacimiento. De manera que en el día es y se llama hijo natural el habido de padre o madre que al tiempo de la concepción o del parto, podían contraer entre sí, sin dispensa, legítimo matrimonio, con tal de que el padre le reconozca por suyo o haya tenido en su casa a la madre."

(79)

Hasta aquí el somero análisis respecto a la situación del Derecho Español en general y sobre aspectos de la filiación en particular. Pasemos ahora a lo correspondiente a nuestro Derecho patrio.

⁷⁹ Chávez Ascencio, F. Manuel. Op. Cit. p. 113.

3.4. La Figura de la Filiación en Nuestro Derecho.

Antes de la conquista privaban entre los autóctonos costumbres, que hoy podríamos llamar, muy liberales respecto a la cuestión de la poligamia; así, un sólo hombre podía tomar para sí varias mujeres y no sólo buscando satisfacciones carnales, era entendible el hecho de cooperar en el cumplimiento de los trabajos impuestos por el marido, esto es, tenían servidoras a su servicio y no era dado que el azteca renunciara a tal canonjía.

Entre ellos no existía estigma sobre la mujer que ocupase un lugar secundario en el hogar y si bien "... no hay duda de que en un principio sólo los hijos de la mujer principal sucedían a su padre, en los libros que tratan el tema abundan también ejemplos de lo contrario, tal es el caso del emperador Izcoatl, ilustre como el que más, que fue hijo de una concubina, de origen humilde. En todo caso los hijos de las esposas secundarias siempre se consideraron *pilli* y podían llegar, si eran dignos de ello, a las funciones más altas." ⁽⁸⁰⁾

Estas costumbres cambiaron cuando llegaron los españoles cargados con sus estigmas inquisitoriales, con aspectos de encomenderos que debían cambiar

⁸⁰ Jacques. Soustelle. *La Vida Cotidiana de los Aztecas*. Fondo de Cultura Económica. México. Distrito Federal, 1980. p. 181. Citado por Ascencio Chávez. F. Manuel. Op. Cit. p. 119.

toda aquella raigambre indígena para "salvar su alma", y fue uno más, de los muchos aspectos en los cuales el conquistador no supo valorar la cultura con la que estaba teniendo contacto, en los cuales impuso, a sangre y fuego, lo que él consideraba más adecuado para la observancia en su flamante colonia.

Desde luego, ello fue sólo un aspecto más dentro de la imposición que los españoles hicieron en la, por ellos llamada, Nueva España, cuyo nombre no trascendió siquiera la duración de la colonia; por razón natural hubo imposición del Derecho Español a las tierras conquistadas y México no fue la excepción. No es de dudarse desde ese punto de vista, el hecho de que, cuando se empezaron a aplicar normas jurídicas, éstas fueran aquéllas con las cuales los propios conquistadores estaban familiarizados.

3.4.1. Antecedentes en Nuestra Legislación.

Concretamente, por lo que hace a nuestro país "... La historia de la recepción del derecho español comenzó con una serie de cédulas, órdenes, ordenanzas y decretos que la Corona Española dió a sus posesiones de ultramar a partir del año 1503. En 1680, Carlos II promulgó los nueve libros de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias*, por medio de los cuales trató de compilar y armonizar las diversas disposiciones anteriores. A fin de llenar lagunas, las Leyes de Indias estipularon que a falta de disposiciones específicas, se

aplicarían en las colonias las Leyes de Castilla. Dado que estas leyes incluían las Siete Partidas, el Código de Alfonso pasó a ser el *Ius Commune* de Hispanoamérica.

"El resto del derecho colonial español consistía en una acumulación desordenada de disposiciones confusas y contradictorias, promulgadas a menudo con indiferencia hacia las necesidades del Nuevo Mundo. Estaban compiladas sin ton ni son y no se aplicaban fielmente en las colonias, donde las bibliotecas y los juristas eran escasos, las comunicaciones difíciles y la administración dejaba mucho que desear. Tal desorden y confusión sirvieron para darle a las *Partidas* aún más autoridad en América que la que tenían en España".⁽⁸¹⁾

Como apreciamos, las disposiciones que fueron tomando fuerza en la Colonia, no eran otras sino aquéllas aplicadas en la misma época en España, como aconteció con las *Siete Partidas*, las cuales llegaron a incluso tener mayor aplicación que las diversas leyes creadas expresamente para los dominios españoles allende el mar, seguramente por ser éstas últimas, leyes creadas desde los escritorios en la metrópoli para tener aplicación a miles de kilómetros de distancia, en una realidad completamente desconocida para los burócratas españoles encargados de confeccionar las leyes para las 'indias', y como consecuencia, las

⁸¹ Juenger, Frederick K. Op. Cit. p. 22.

reglas aplicadas, en cuanto a la institución hoy comentada, eran las campeantes en el Derecho Español.

Corroborar lo anterior el siguiente comentario de Sánchez Medal respecto de la aplicación de las Partidas en México: "Según testimonio de Marciano en el Digesto (XX, I, 5), se admitió en el Derecho Romano la hipoteca para garantizar el cumplimiento de obligaciones futuras, posibilidad que después hicieron desaparecer prácticamente las *Leyes de Partidas* que estuvieron vigentes en México durante varios siglos..."⁽⁸²⁾

Podemos decir con propiedad que nuestra legislación tiene caracteres nacionales hasta con posterioridad a la época de Independencia, y aún después de ella, por circunstancias naturales, no se creó la nueva normatividad de la noche a la mañana, cuestión comprensible si tomamos en cuenta la situación difícil por la cual estaba atravesando nuestro país, el recién haber salido de tres siglos de coloniaje.

Por no corresponder a nuestro estudio, sólo haremos mención a que, varios estados se dieron a la tarea de codificar su Derecho Civil. Oaxaca y Zacatecas concluyeron los trabajos y el Código de Oaxaca se promulgó, por

⁸² Sánchez Medal, Ramón. *De los Contratos Civiles*. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1978. p. 424.

libros, entre 1827 y 1829; el de Zacatecas, en 1829; y el de Jalisco en 1833; resultando, de esta manera, los pioneros en la materia los estados de la federación antes señalados, no obstante, es hasta 1870, -el 8 de Diciembre concretamente, en vigor a partir del 1º de Marzo de 1871- cuando se expide el primer Código Civil para el Distrito Federal y los Territorios de la Baja California, y es cuando se inicia la codificación en forma del Derecho Privado Nacional.

Respecto de este primer Código Civil para el Distrito Federal y los Territorios de la Baja California, Borja Soriano nos dice: "La exposición de motivos de este Código hace saber que el mismo se hizo teniendo en cuenta los principios del Derecho Romano, la antigua legislación española, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal y otros y los proyectos de Código formados en México y en España.." (83)

"En el Código Civil de 1870 se disponía que cuando el hijo no fuera legítimo sólo se asentara el nombre del padre o de la madre si éstos lo pidieren, si no, se asentara que el presentado es hijo de padres no conocidos (Art. 30 y 82). Se hacía referencia al hijo adulterino, en la misma forma que se hace referencia en nuestro código vigente. Se mencionaba que si el hijo fuere incestuoso, 'no se podía

⁸³ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F., 1968. p. 20.

asentar más que el nombre de uno de los padres' (Art. 85). En el capítulo relativo al reconocimiento de los hijos naturales, se señaló como tales a aquéllos cuyos padres, o uno de ellos, hubiera 'estado libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte días que precedieron al nacimiento'; agregaba que la ley presume en este caso que el hijo es natural' (Art. 365). A diferencia, los hijos espurios son los que nacen fuera de matrimonio y de padres que no podían casarse al tiempo de la concepción o del nacimiento." ⁽⁸⁴⁾

En 1884 se promulgó un nuevo Código Civil, que abrogó al de 1870, en él "... se mantiene la división hecha en el Código anterior, haciéndose la referencia también a los hijos adulterinos y a los incestuosos. Se incorpora como posible la 'designación' (una especie de reconocimiento) de hijos espurios, lo que no aparecía en el anterior. El Artículo 361 señalaba que 'la designación de los hijos espurios además del medio establecido en el artículo 100 puede hacerse por testamento, observándose lo dispuesto por los Artículos 78, 79, 80 y 96'. El Artículo de referencia, que está dentro del capítulo de las actas de reconocimiento, contempla la posibilidad que la 'designación' de los hijos espurios se haga en las actas de nacimiento y se tendrán designados para los efectos legales aquellos cuyo padre o

⁸⁴ Chávez Ascencio, F. Manuel. Op. Cit. p. 121.

madre hayan hecho constar su nombre en la forma debida. Se conserva la diferencia entre hijos naturales y espurios, ya marcada en el anterior." (85)

Entramos ya al presente siglo, con la Ley de Relaciones Familiares, la cual "... inició en nuestro país la trascendental reforma de suprimir del texto normativo, los calificativos que la tradición había venido atribuyendo a los hijos extramatrimoniales, y así, en la Exposición de Motivos de dicho ordenamiento advierte: '... es necesario reformar las reglas... que rigen respecto a la legitimación, cuyos beneficios deben ampliarse al reconocimiento de los hijos naturales, cuya filiación debe ser protegida contra la mancha infamante que las leyes actuales conservan con el nombre de designación de hijos espurios...'" (86)

El Código Civil actual inició su vigencia el 1º de Octubre de 1932, cuatro años después de su publicación "... debido a la oposición que suscitó dentro de los sectores conservadores de la sociedad a causa de los notables cambios que él expresó en la regulación de la vida civil de las personas, como consecuencia de las nuevas condiciones económicas, sociales y políticas imperantes en ese momento histórico, que lo concentraron en la idea de armonizar los intereses individuales con los sociales a partir de los principios solidarios de igualdad y libertad, enarbolados por la transformación social de la época. Cambios

⁸⁵ Idem. p. 29.

⁸⁶ Magallón Ibarra. Jorge Mario. Op. Cit. p. 473.

trascendentes y significativos como los que manifiesta en cuanto a su tendencia socializadora, el ámbito de aplicación de la Ley y a los avances tanto en materia familiar como en Derecho patrimonial." (⁸⁷)

Con relación al punto de la diferente denominación a los hijos, tenemos: "... El régimen establecido en el Código acerca de los hijos no puede por menos de reconocer que es altamente satisfactorio desde el punto de vista de la moral más estricta. A este respecto, se lee en la Exposición de Motivos redactada para el proyecto que es actualmente Código vigente, lo que sigue: 'por lo que toca a los hijos, se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre los hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se procuró que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen; se ampliaron los casos de investigación de la paternidad, porque los hijos tienen derecho a saber quiénes los trajeron a la vida, de pedir que los autores de su existencia les proporcionen los medios de vivir; pero se procuró que la investigación de la paternidad no constituyera una fuente de escándalo, de explotación, por parte de mujeres sin pudor que quisieran sacar provecho de su

⁸⁷ Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal. Ed. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México, Distrito Federal. 1993.

prostitución. Se concedió al hijo nacido fuera de matrimonio el derecho de investigar quién fue su madre, y se estableció en favor de los hijos nacidos de concubinato la presunción de ser hijos naturales del concubinario y de la concubina".⁽⁸⁸⁾

3.4.2. Su Regulación Actual.

Rojina Villegas respecto a este tema manifiesta: "El término filiación tiene en el derecho dos connotaciones. Una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendentes y descendientes, sin limitación de grado; es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en la línea ascendente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., sino también en la línea descendente, para tomar como punto de relación, los hijos, nietos, bisnietos, tataranietos, etc. Además, de este sentido amplísimo, por filiación se entiende, en una connotación estricta: la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, va a implicar un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen, tanto en la filiación legítima, como en la natural, un estado jurídico. Es decir, una situación permanente que el

⁸⁸ De Pina Vara. Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Introducción, Personas, Familia. Ed. Porrúa, S. A. México, Distrito Federal, 1978. p. 348.

derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre y el hijo." (⁸⁹)

Como vemos, la connotación de la figura en estudio, la filiación, comprende dos aspectos, uno amplísimo y otro en sentido estricto. Nuestro Código regula, en cinco Capítulos del Título Séptimo del Libro Primero, "De la Paternidad y de la Filiación", lo referido al tema en estudio.

Así, el Primero de los capítulos mencionados, se denomina: "De los hijos de matrimonio"; el Segundo: "De las pruebas de la filiación de los nacidos de matrimonio"; el Tercero: "De la legitimación"; el Cuarto: "Del reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio"; y, el Quinto: "De la adopción".

Ya el Artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal, establece:

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

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

II.- Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.⁽⁹⁰⁾

⁸⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Introducción, Personas y Familia. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, 1978. p. 429.

⁹⁰ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal. 1996.

Como apreciamos, la ley establece plazos exactos para la presunción de quiénes son hijos de ambos cónyuges. No obstante, los adelantos de la ciencia permiten que la fecundación, no el embarazo, se difiera por tiempos, los cuales, aún cuando no han podido precisarse con exactitud por la ciencia, son considerables.

Ese diferimiento o aplazamiento de la fecundación a la mujer puede lograrse mediante la congelación del semen del marido en bancos especiales para ello. En el lapso que transcurre entre la obtención del semen, su congelación y la posterior utilización del mismo, pueden darse varios supuestos: la separación de la pareja, el divorcio, la muerte de la mujer o del marido, la incapacidad de fecundación de ella, la impotencia o esterilidad por parte de él, etc.

No obstante, y, siéndolo biológicamente, es de primordial importancia el presumir legalmente al menor como hijo de los cónyuges por las consecuencias inmediatas de esa presunción a su favor.

Antes de continuar y para entenderlos cabalmente, indagemos respecto a de donde y porqué tomó nuestra legislación los términos fatales que establece para considerar al hijo de matrimonio.

3.4.3. La *ratio legis* de los términos que se establecen en nuestra Legislación.

Es necesario retomar la historia para explicarnos tales aspectos resaltando de nueva cuenta que el Derecho no es un fenómeno aislado, cada hecho se va uniendo con otro a fin de explicar el porqué de muchas de las instituciones actualmente conocidas, sin olvidar la mención hecha anteriormente respecto a nuestro primer Código Civil el cual tiene influencia del Derecho Romano, de la Legislación Española, de la Epoca Colonial y, principalmente del Código Civil Francés, así como del Código Civil Austríaco, del Portugués y del Proyecto de Código de García Goyena, lo cual nos explica el cómo llegaron a nuestra legislación, los términos de la presunción.

Asegura Planiol que en el antiguo Derecho Francés, los tribunales tenían absoluta libertad para juzgar la cuestión de hecho, según las circunstancias y su opinión personal. Llegaron a dictarse sentencias reconociendo que un embarazo podía durar doce, quince o más meses, y declarar legítimo, por consiguiente, a los hijos nacidos después de un año de muerto el marido de su madre. Por ello, los redactores del Código no quisieron dejar una cuestión tan grave al arbitrio de los jueces, pues se hallaba demostrado que éstos llegaban a soluciones tan asombrosas, por consideraciones de hecho. Se dirigieron a Fourcroy pidiéndole fijara, según los

datos de la ciencia, la duración extrema de la gestación, tanto la más breve como la más prolongada. Después, teniendo en su poder documentos serios, los autores de la ley sobrepasaron algo sus límites, por favor a la legitimidad, para poder estar seguros de que no privarían a ningún hijo legítimo de este carácter, y también con el objeto de obtener números redondos fáciles de emplear. He aquí los que se han adoptado. Las gestaciones más cortas duran por los menos 180 días; las más largas, cuando más 300. Habiéndose redactado el Código bajo el calendario republicano en el que todos los meses tenían 30 días, la duración legal de la gestación es de seis meses la más breve y de 10 la más prolongada. Ya los jurisconsultos romanos habían fijado estas cifras siguiendo la autoridad de Hipócrates (*Digesto*, lib. I, tit. 5, fr. 12; lib. XXXVIII, tit. 16, fr. 3, Nos. 11 y 12). Como la duración normal es de 275 días, adviértase que queda aún un margen demasiado amplio. En cuanto a la reducción de la duración mínima hasta seis meses, se explica, pues son frecuentes los partos prematuros. "... Fourcroy proponía como duraciones extremas, 186 días para los nacimientos prematuros y 286 para los tardíos." ⁽⁹¹⁾

Sabemos ahora la razón y el cómo nos llegaron los términos a los cuales hemos estado haciendo mención, resaltemos por el momento el hecho de que, a la autoridad consultada por los redactores del Código y a quien le pidieron les ayudara a fijar la duración extrema de la gestación según los datos conocidos por la

⁹¹ Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Trad. de José María Cajica Jr. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana, B. C., México 1991. Tomo II. p. 283.

ciencia en ese momento histórico preciso -y los cuales por supuesto, no han variado, y los analizó ya Hipócrates desde la antigüedad-, fueron muy precisos, pero ni los especialistas en el tema ni Fourcroy, Napoleón, ni ninguno de los redactores podía siquiera imaginar los adelantos que la propia ciencia iba a tener en la materia y dichos términos continúan campeando en la actualidad, siendo necesario una revisión de ellos en muchos aspectos.

CAPÍTULO CUARTO

LAS PRESUNCIONES EN MATERIA DE FILIACIÓN

4.1. La Presunción y sus Consecuencias Jurídicas.

Habiendo abordado en el capítulo precedente lo referido a los términos que la ley considera para imputar la paternidad al marido de la madre del menor, y el porqué de ellos, veamos ahora la importancia de la presunción de ser hijo de matrimonio, ya que, podría enfrentarse el problema planteado bajo la óptica simplista de que, como el hijo tiene un principio de prueba contra el padre, -en las nuevas técnicas de fecundación-, las hojas clínicas, el registro del banco de ser semen del padre, alguna forma elaborada especificándolo, etc., siempre podrá demandar el reconocimiento de la paternidad, lo cual lo pone en la tesitura de buscar él que se le reconozca como hijo de su padre.

Estamos hablando de un punto trascendente en el mundo jurídico, pues si el Derecho pugna por no privar a ningún hijo de su protección, el dejar la carga de la prueba al menor por el sólo hecho de que la ciencia avanzó más rápido que la

legislación, es irnos rezagando a la realidad y dejando en desprotección a los hijos concebidos mediante la utilización de estas nuevas técnicas.

Debemos hacer mención obligada a que, toda vez que las relaciones sexuales entre los cónyuges se dan en la intimidad, y, si aún en la actualidad es difícil determinar con un grado de confiabilidad más allá de toda duda, mediante la aplicación de pruebas biológicas la paternidad de una persona respecto al hijo, o bien, a la inversa, excluirla, mediante la determinación de la incompatibilidad genética entre ambos seres, con mayor razón, cuando la ciencia estaba más limitada, razón por la cual hubo la necesidad de establecer ciertos parámetros de temporalidad para, cuando el hijo de la esposa nace dentro de ellos, imputarle al hombre a quien las nupcias demuestran que es el esposo de la madre, la paternidad del hijo.

Veamos ahora aspectos referidos a la presunción, a fin de poder estar en condiciones de concluir si es importante el que se presuma al marido como padre del hijo de la esposa, o si tal acontecimiento es irrelevante para los efectos de protección al menor.

La presunción -dice el Diccionario Jurídico Mexicano- "Del latín *Praesumptio* es la acción y efecto de presumir, sospechar, conjeturar por inducción;

el Artículo 379 C.P.C. define este concepto como 'la consecuencia que la ley o el juzgador deducen de un hecho conocido para indagar la existencia o necesidad de otro desconocido'

Las presunciones legales se dividen en presunciones absolutas o *juris et de jure* y las presunciones relativas o *juris tantum*. Las primeras no admiten prueba en contrario (Artículo 382 C.P.C.), y las segundas sí, al igual que las presunciones humanas (Artículo 383 C.P.C.)" (⁹²)

En el caso de los hijos nacidos de matrimonio, la ley los presume hijos de los cónyuges y, quien quiera destruir esa presunción *juris tantum*, pues se presume, se deduce, como establece la ley, de un hecho conocido -el nacimiento del hijo-, uno desconocido -que el esposo de la madre es quien procreó a ese nuevo ser-. El esposo, si asevera que no lo es, tendrá que probarlo. Es decir, tendrá la carga de la prueba, tal como se expresa claramente en el Artículo 325 del Código Civil, "... Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento."

⁹² Pérez Duarte y N., Alicia Elena. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Tomo III. Ed. Porrúa, S.A. México, D.F. p. 2519.

Por ello, decíamos líneas arriba, es tan importante el considerar a un hijo como nacido o no de matrimonio, pues, al contrario, si la ley no le otorga esa presunción, el hijo tendrá que probar que lo es, tendrá la carga de la prueba.

Nos dice José Ovalle Fabela, en este sentido: "La carga procesal es una situación jurídica, instituida por la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. A través de ella, se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso, en otros términos, la carga de la prueba precisa a quién corresponde probar." ⁽⁹³⁾

Por ello, existe una enorme diferencia entre tener la presunción a su favor pues quien la impugne, se verá precisado a probar que el derecho que le asiste efectivamente deriva, en este presente caso, de haber sido concebido por el esposo de la madre.

Retomando el punto de las consecuencias de la presunción, Rojina Villegas manifiesta: "La filiación constituye un estado jurídico... (que) consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en

⁹³ Ovalle Fabela, José. *Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Ed. Harla, S. A. México, Distrito Federal, 1984. p. 96.

cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias." (94)

Las consecuencias, inmediatas de esa presunción a favor del hijo, son las siguientes:

a.- El derecho a usar los apellidos de ambos progenitores.

b.- El derecho a recibir alimentos, tanto entre vivos, como en cuanto a la situación que regula el Art. 1372 del propio Código Civil.

c.- El derecho a que sobre él se ejerza la patria potestad, con las obligaciones correlativas.

d.- El derecho a la sucesión legítima, en los casos y circunstancias que fija el Código Civil.

⁹⁴ Rojina Villegas. Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Op. Cit. p. 433.

e.- El derecho a la tutela legítima, que corresponde en razón del grado de parentesco cercano, y que la contemplan los Artículos 483 y 484 del Código Civil.

Como se aprecia, son muy importantes los derechos a que se hace acreedor el hijo al cual se le adjudica, por ministerio de la ley, la presunción de ser hijo de matrimonio.

En nuestra legislación, El Artículo 324 del Código Civil, como ya lo hemos visto, establece los términos dentro de los cuales se presumirá al cónyuge varón como padre del hijo de la esposa, estableciendo en dos fracciones lo referido a ello; la primera hace mención al hijo que nace dentro de los límites de celebrado el matrimonio -después de 180 días- mientras que la siguiente fracción describe el aspecto del matrimonio terminado, por cualquier causa, e imputa la paternidad del hijo que nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio al marido, pero, los adelantos de la ciencia permiten, como veremos en capítulos posteriores, que la fecundación, no el embarazo, se difiera por tiempos, los cuales, aún cuando no han podido precisarse con exactitud por la ciencia, son considerables.

Ese diferimiento o aplazamiento de la fecundación a la mujer puede lograrse mediante la congelación del semen del marido en bancos especiales para

ello. En el lapso de tiempo que transcurre entre la obtención del semen, su congelación y la posterior utilización del mismo, pueden darse varios supuestos: la separación de la pareja, el divorcio, la muerte de la mujer o del marido, la incapacidad de fecundación de ella, la impotencia o esterilidad por parte de él, etc.; pero, poniéndonos en el extremo, puede acontecer la muerte del esposo, y la posterior inseminación de la esposa con el semen de aquél, finalmente, a su implantación, el producto de la concepción será, biológicamente, hijo del esposo de la madre, aún cuando los términos que establece el Derecho para presumirlo su hijo, actuando cual camisa de fuerza, impedirán considerarlo como hijo de su padre biológico.

Por ello insistimos en la necesidad de conocer el fenómeno a profundidad desde el punto de vista médico pero no exclusivamente, se hace necesario analizarlo en su contexto real y las repercusiones sociales que tiene, a efecto de realizar propuestas que permitan que el Derecho, al mismo tiempo que regule el accionar de estas nuevas técnicas, no se convierta al mismo tiempo en un obstáculo del avance. Es necesario ya, revisar, para actualizarlos, los conceptos que sobre la filiación heredamos, y que nos han servido durante tantos y que nos seguirán sirviendo como pilares fundamentales en las construcciones futuras sobre filiación.

4.2. Análisis de la Presunción en materia de Filiación en diversos países, utilizando el método comparativo.

Dicho quedó en el capítulo precedente la necesidad de establecer las presunciones dado que las relaciones sexuales no se dan públicamente; cabe ahora preguntarnos sí, aquéllas a las cuales hace mención el Artículo 324 de nuestro Código Civil para considerar al hijo como de matrimonio, -el nacido después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y el nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio-, son privativas de nuestro sistema jurídico nacional o bien difieren o se establecen otros términos en diversos países, razón por la cual acudiremos al método comparativo y realizaremos un bosquejo de diversas legislaciones para ver la atención que dan al tema en estudio.

En este sentido, dividiremos nuestro análisis en dos grandes grupos de países; primero analizaremos lo que se dice respecto al punto de las presunciones en diversas naciones latinoamericanas y después veremos tres europeas.

4.2.1 En diversos países de Latinoamérica.

Escogimos para nuestro estudio, como representativos de diversas regiones y sistemas de nuestro continente a los siguientes países, los cuales se citan

en estricto orden alfabético: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela; algunos contemplan la institución en sus Códigos Civiles y otros la regulan en sus Código de Derecho Familiar. Entremos en materia.

4.2.1.1. Argentina.

El Código Civil de esta Nación establece: Artículo 243. - "Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a su disolución, anulación o la separación personal o de hecho de los esposos. No se presume la paternidad del marido con respecto al hijo que naciere después de los trescientos días de la interposición de la demanda de divorcio vincular, separación personal o nulidad del matrimonio, salvo prueba en contrario."

A su vez, el numeral 260 del citado ordenamiento, establece: "El marido podrá negar judicialmente la paternidad del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. Si se probare que el marido tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de su casamiento o si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento, la negación será desestimada.

Quedará a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la paternidad que autoriza el artículo 258." ⁽⁹⁵⁾

Tenemos entonces que en Argentina privan ambas presunciones.

4.2.1.2. Bolivia.

El Código de Familia boliviano establece en la Sección I, Capítulo I del Título II, dentro del Libro Segundo, concretamente en el Artículo 179. - "Se presume concebido durante el matrimonio al hijo que nace después de los ciento ochenta días de su celebración hasta los trescientos días siguientes a su disolución o anulación. En este último caso el plazo se cuenta desde el día que sigue a la separación de los esposos." ⁽⁹⁶⁾

En el artículo transcrito la ausencia de la conjunción copulativa "y" antes de la preposición "hasta" llama a la idea de que deben darse los dos supuestos pero lo importante es que tampoco cambian en este País los términos para imputar al marido la paternidad del hijo que nació dentro de los términos señalados.

4.2.1.3. Colombia.

"Art. 214. - El hijo que nace después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y tiene por padre al marido.

⁹⁵ Código Civil de la República Argentina. Vigésimoctava Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994.

⁹⁶ Código de Familia de la República de Bolivia. Ed. Serrano Lida. Cochabamba, Bolivia, 1995.

El marido, con todo, podrá no reconocer al hijo como suyo si prueba que durante todo el tiempo en que, según el artículo 92, pudiera presumirse la concepción, estuvo en absoluta imposibilidad física de tener acceso a la mujer." (⁹⁷)

Como vemos, en Colombia sólo se hace mención a 180 días que siguen al matrimonio, sin contemplar nada respecto a cuando éste termina. Pero el guarismo 92 subsana tal situación y permite presumir quién es el padre, según la regla por el mismo establecida: "Art. 92. - De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el nacimiento." (⁹⁸)

4.2.1.4. Costa Rica.

En el Título II "Paternidad y filiación" Capítulo I "Hijos de Matrimonio" el Código de Familia de Costa Rica, concretamente en su Artículo 69, establece: "Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente

⁹⁷ Código Civil de la República de Colombia. Cuarta Edición. Ed. Leyer. Bogotá, 1993.

⁹⁸ Idem.

decretada. Se presumen igualmente hijos del matrimonio los nacidos dentro de los ciento ochenta días después de su celebración, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Si el marido antes de casarse tuvo conocimiento del embarazo de su mujer;
- b) Si estando presente consintió en que se tuviere como suyo al hijo en el acta de nacimiento inscrita en el Registro Civil;
- c) Si de cualquier modo lo admitió como tal." (⁹⁹)

En esta legislación tenemos las mismas presunciones en el sentido de después de 180 días y dentro de 300.

4.2.1.5. Cuba.

En este País, el Artículo 74, que se encuentra inmerso en el Título II, Sección Segunda del Código de Familia, estipula: "Se presumirá que son hijos de las personas unidas en matrimonio:

- 1) Los nacidos durante la vida matrimonial;
- 2) Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la extinción del vínculo matrimonial, si la madre no hubiere contraído nuevas nupcias;

⁹⁹ Código de Familia de la República de Costa Rica. Ed. Lehmann, S.A., División de Librería, Imprenta y Litografía. San José, 1989.

Las presunciones establecidas en este artículo se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6."

"Artículo 6. - Extinguido su matrimonio por cualquier causa, hombre y mujer quedan en aptitud de formalizar nuevo matrimonio en cualquier tiempo posterior a dicha extinción.

"No obstante, a fin de facilitar la determinación de la paternidad, la mujer cuyo matrimonio se haya extinguido y se disponga a formalizar uno nuevo antes de 300 días de dicha extinción, deberá acreditar con certificado médico expedido por un centro de asistencia estatal, si se halla o no en estado de gestación.

"Este certificado, si es positivo, constituirá presunción de la paternidad del cónyuge del matrimonio extinguido. Contra esta presunción caben todas las pruebas admitidas en Derecho.

"Si la mujer ha dado a luz antes de los 300 días mencionados, no será necesario, para formalizar nuevo matrimonio, presentar dicho certificado. ⁽¹⁰⁰⁾

Suponemos que, en este último supuesto, se presumirá padre al "cónyuge del matrimonio extinguido", pero la importancia para nuestro estudio comparativo la constituye el hecho de tener otra vez la misma temporalidad.

¹⁰⁰ Código de Familia de la República de Cuba. Ed. Organó de Divulgación del Ministerio de Justicia. Santiago de Cuba, 1989.

4.2.1.6. Dominicana.

En el Libro I, Título VII, Capítulo I, se encuentra inserto el Art. 312. - "El hijo concebido durante el matrimonio, se reputa hijo del marido. Sin embargo, éste podrá desconocerle si prueba que, en el tiempo transcurrido desde los trescientos hasta los ciento ochenta días anteriores al nacimiento de este niño, estaba por ausencia o por efecto de cualquier otro accidente, en la imposibilidad física de cohabitar con su mujer.

"Art. 314. - El hijo nacido antes de los ciento ochenta días posteriores al matrimonio, no podrá ser rechazado por el marido en los casos siguientes:

Primero.- Si hubiese tenido conocimiento del embarazo de la mujer antes del matrimonio.

Segundo.- Si hubiese asistido a la formalización del acta de nacimiento o si la hubiere firmado, o ésta contuviere la declaración de no haberlo hecho por no saber firmar.

Tercero.- Si el hijo no ha sido declarado viable.

Respecto al hijo que nace antes de los 180 días seguidos a la fecha de la celebración del matrimonio, queda claro en la legislación Dominicana lo referido a cuando puede el marido intentar el desconocimiento, pero la interpretación gramatical del Artículo 312 antes transcrito, le da al marido acción para intentar el

desconocimiento no sólo después de disuelto el matrimonio, sino en cualquier momento de éste, con tal de probar los extremos exigidos por el numeral. ⁽¹⁰¹⁾

4.2.1.7. Ecuador.

"Art. 62.- De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento."
⁽¹⁰²⁾

El numeral transcrito lo encontramos dentro del Libro Primero, de las Personas, en el Título II, Del principio y fin de las personas, Parágrafo 1o., Del principio de la existencia de las personas, y trata de precisar el grado el momento de la concepción cuando establece como punto de partida la media noche en que principie el día del nacimiento.

4.2.1.8. El Salvador.

En la República de El Salvador es en el Código Familiar en donde se establecen las reglas respecto del tema que nos ocupa; así, el Art. 141.- establece:

¹⁰¹ Código Civil de la República Dominicana. Segunda Edición. Ed. Espaillat. Santo Domingo, 1993.

¹⁰² Código Civil de la República del Ecuador. Edición actualizada. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1993.

“Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o declaratoria de la nulidad.

Esta presunción también tendrá lugar en caso de nulidad del matrimonio aún cuando faltare la buena fe de ambos cónyuges.

Con todo la presunción establecida en este artículo no será aplicable cuando los cónyuges hubieran estado separados por más de un año y el hijo fuere reconocido por persona diferente del padre.”⁽¹⁰³⁾

En este artículo se establece únicamente el supuesto de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio pero no hay limitación a los nacidos dentro del mismo, sin embargo, en caso de controversia el siguiente señala los supuestos de controversia por contraer la madre nuevas nupcias dentro de los términos de prohibición para ello.

Art. 142.- Si la madre hubiere contraído otras nupcias en contravención a lo dispuesto en el artículo 17 la paternidad del hijo que naciere después de celebrado el nuevo matrimonio se establecerá conforme a las reglas siguientes:

1ª. Se presume que el hijo es del primer marido si nace entre los 180 días posteriores a la celebración del segundo matrimonio, y

¹⁰³ Código Familiar. Editorial Jurídica Salvadoreña. 3ª. Edición El Salvador, 1994.

2ª: Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de los 180 días de la celebración del segundo matrimonio aun que el nacimiento tenga lugar dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero." (104)

Una vez más, tenemos el mismo término para presumir la paternidad del primer marido si el hijo nace entre los 180 días posteriores a la celebración del segundo matrimonio.

4.2.1.10. Panamá.

En el Código de la Familia publicado en la Gaceta Oficial del 1º de Agosto de 1994, en este país se establece, en cuanto al tema en comento: Art. 266.- "Se presumen hijos o hijas de los cónyuges los nacidos después de ciento ochenta (180) días, contados desde la celebración del matrimonio, o desde la reunión de los cónyuges separados de cuerpos, y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o la separación de cuerpos." (105)

Complementa el artículo siguiente en el sentido de presumir hijo o hija a quien nazca dentro de la misma temporalidad, si sabía el esposo del embarazo, si

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Código de la Familia. Publicaciones de la Asamblea Legislativa de la República de Panamá. Panamá, República de Panamá, 1995.

estuvo presente y consintió que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento o si lo reconoció como suyo de manera expresa o tácita.

“Art. 267. Se presumirá la paternidad del hijo o hija nacido dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1. Haber sabido el esposo, antes de casarse, del embarazo de su mujer;
2. Haber consentido, estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo o hija que su mujer hubiera dado a luz; y
3. Haberlo reconocido como suyo, expresa o tácitamente.”⁽¹⁰⁶⁾

Podemos empezar a apreciar, con los países analizados, que los términos legados de los romanos siguen campeando en materia de imputar jurídicamente la paternidad al esposo de la madre si el hijo nace dentro de los tiempos establecidos desde la antigüedad, no obstante ser el analizado un código tan reciente.

4.2.1.11. Paraguay.

En este País, el Código Civil, regula lo siguiente con relación al tema en estudio:

“Art. 225.- Son hijos matrimoniales:

¹⁰⁶ Idem.

a) los nacidos después de ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, si no se probare que ha sido imposible al marido tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento;

b) los nacidos de padres que al tiempo de la concepción podían casarse, y que hayan sido reconocidos antes, en el momento de la celebración del matrimonio de sus padres, o hasta sesenta días después de ésta. La posesión de estado suple a este reconocimiento;

c) los que nacieren después de ciento ochenta días del casamiento válido o putativo de la madre, y los que nacieren dentro de los trescientos días contados desde que el matrimonio válido o putativo fue disuelto por muerte del marido o porque fue anulado; y

d) Los nacidos dentro de los ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, tuvo conocimiento del embarazo de su mujer, o si consintió que se los anotara como hijos suyos en el Registro del estado Civil, o si de otro modo los hubiere reconocido expresa o tácitamente." (107)

El numeral transcrito, el cual abarca lo que las demás legislaciones contemplan en artículos dispersos para obtener mayor claridad, lo encontramos dentro del citado Código Civil, en el Libro I, De las personas y de los derechos personales en las relaciones de familia, Título III, De los derechos personales en las

¹⁰⁷ Código Civil de la República del Paraguay. Editorial El Foro. Asunción - Paraguay. 1988.

relaciones de familia, Capítulo XI, De la filiación, Sección I, De los hijos matrimoniales.

4.2.1.12. Perú.

En el Capítulo Primero, del Título I, de la Sección Tercera, del Libro III, Derecho de Familia, el Código Civil peruano, manifiesta, en su Artículo 361.- "PRESUNCION DE PATERNIDAD.- El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido."

(¹⁰⁸)

Artículo 363.- NEGACION DE LA PATERNIDAD.- El marido que no se crea padre del hijo de su mujer puede negarlo:

1.- Cuando el hijo nace antes de cumplidos los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio.

2.- Cuando sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros ciento veintiún días de los trescientos que precedieron al del nacimiento del hijo.

3.- Cuando está judicialmente separado durante el mismo período indicado en el inciso 2; salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese período.

4.- Cuando adolezca de impotencia absoluta." (¹⁰⁹)

¹⁰⁸ Código Civil de la República de Perú. Editorial Normas Legales, S.A. Trujillo - Perú. 1988.

¹⁰⁹ Idem.

Esta legislación, en el artículo 361, otorga la presunción de legitimidad a favor del hijo nacido durante el matrimonio, pero, concatenándolo con el diverso 363 del mismo ordenamiento, se le limita a que nazca dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, pues, de otra manera, el marido que no se crea padre del hijo, podrá negarlo.

4.2.1.13. Uruguay.

"Art. 215.- Se considera la criatura concebida durante el matrimonio, cuando nace fuera de los ciento ochenta días después de contraído o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio." ⁽¹¹⁰⁾

Dicho numeral lo contextualizamos dentro del Libro Primero, Título VI, Capítulo I, De los hijos legítimos y corroboramos que en el Código Uruguayo no varía la temporalidad para presumir la paternidad del marido, es decir, adopta las reglas generales vistas en los demás códigos de nuestro continente llegadas a través del Código Civil de Napoleón.

4.2.1.14. Venezuela.

Por último, en lo tocante a los países americanos con los que compartimos la misma familia jurídica, el Código Civil Venezolano en su Artículo 197 nos dice: "El marido se tiene como padre del hijo concebido durante el matrimonio. Se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido después de

¹¹⁰ Código Civil de la República Oriental del Uruguay. Quinta Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1990.

ciento ochenta días de la celebración, hasta los trescientos siguientes a su disolución." (¹¹¹)

Como vemos, en Venezuela se reiteran los tiempos vistos en las anteriores legislaciones de nuestro continente, lo cual no ha permitido analizar las coincidencias de dichas temporalidades con las marcadas por la nuestra.

4.2.2. En algunos países de Europa: España, Francia e Italia.

Veremos ahora que se dice en el continente europeo, respecto a la institución en estudio, concretamente en España, Francia e Italia, por la relación que existe entre el sistema jurídico de esas naciones y el nuestro.

4.2.2.1. España.

El Código Civil, En su Artículo 108, establece: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación de los cónyuges." (¹¹²)

Este numeral se encuentra inserto en el Libro I, De las Personas, Título V, De la paternidad y filiación, Capítulo I, y nos permite empezar a vislumbrar que en

¹¹¹ Código Civil de los Estados Unidos de Venezuela. Editorial La Torre. Caracas. 1989.

¹¹² Código Civil Español. Decimoquinta Edición. Ediciones del Gabinete Técnico del Boletín Oficial del Estado. Madrid. 1989.

Europa encontraremos los mismos supuestos de temporalidad ya vistos al estudiar a los países del continente americano, lo cual implica uniformidad en los términos de la presunción en las naciones pertenecientes a la familia jurídica Romano-Germánico.

4.2.2.2. Francia.

"Art. 312.- El niño concebido durante el matrimonio tiene por padre al marido. Sin embargo, éste podrá negarlo si justifica los hechos propios para demostrar que el no puede ser el padre." ⁽¹¹³⁾

"Art. 314.- El niño nacido antes de 180 días de la celebración del matrimonio es legítimo.

"El marido, no obstante, podrá negarlo de acuerdo a las reglas del Artículo 312. Podrá también intentar negarlo con la sola prueba de la fecha del parto, siempre que él no haya sabido de la preñez antes del matrimonio, o que él no se haya comportado como padre, antes del nacimiento." ⁽¹¹⁴⁾

Art. 315.- La presunción de paternidad no se aplica al niño nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio, ni, en caso de ausencia declarada del marido, al nacido después de 300 días de la desaparición." ⁽¹¹⁵⁾

¹¹³ Código Civil Francés. Nonagésima Tercera Edición. Editorial Dalloz Ediciones. París, 1994.

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Ibidem.

La legislación francesa contempla los mismos términos para presumir como padre del hijo de la esposa al marido, pero deja abierta la posibilidad de combatirla mediante prueba en contrario.

4.2.2.3. Italia

En Italia, el Artículo 232, del Título VII, de la Filiación, Capítulo I, de la Filiación Legítima, Sección I, del estado del hijo legítimo, establece, "Art. 232.- Se presume concebido durante el matrimonio al hijo nacido cuando han transcurrido ciento ochenta días de la celebración del matrimonio y no han transcurrido trescientos días de la fecha de su anulación o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio."

La presunción no opera pasados trescientos días de la fecha de la declaración judicial de separación o de la homologación de la separación por mutuo consentimiento ó de la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el juez, en la que ellos han sido autorizados a vivir separadamente."⁽¹¹⁶⁾

Con la transcripción de este numeral, concluimos nuestro recorrido por las diversas naciones en las cuales, mediante el método comparativo, hemos constatado que son coincidentes en dichas legislaciones los términos para presumir como padre del hijo de la esposa al marido, permitiéndonos ello concluir validamente

¹¹⁶ Código Civil de la República de Italia. Editorial Casa Editrice La Tribuna. Roma, 1990.

que las motivaciones habidas para asentar en los primeros compendios legislativos las temporalidades consistentes en "después de los ciento ochenta días y dentro de los trescientos" siguen vigentes en el ámbito internacional.

Desde luego, ésta no será la única comparación hecha durante el desarrollo de nuestro estudio respecto a lo que establecen otros sistemas jurídicos, siendo pertinente por el momento únicamente destacar la universalidad de los tiempos para imputar al esposo de la madre la paternidad del hijo, lo cual no significa que dichas presunciones deban seguirse manteniendo a ultranza, sin visualizar otras posibilidades ofrecidas por la ciencia en esta materia, mismas de las cuales procederemos a su análisis en los próximos capítulos, para ello nos será de suma utilidad lo hasta aquí estudiado, respecto tanto a la inseminación artificial, la inseminación *In vitro*, la inyección intracitoplasmática de esperma, el icsi, cuanto lo referido a la filiación, sus tiempos y las presunciones para imputarla, pues todo se conjunta en esta época, lo novedoso de estas técnicas, lo antiguo de nuestras disposiciones y la imperiosa necesidad de regular aquéllas y actualizar éstas, pero sin un ánimo de imitación extralógica es decir, renovar por renovar. Toda propuesta de modificación al marco jurídico actual debe dirigirse, consideramos, a la protección, primero, del nuevo ser, a cuidarlo en el sentido de no permitirle nacer carente de un núcleo familiar que lo proteja y haga suyo el contexto jurídico

CAPÍTULO QUINTO

LAS FUENTES DE FILIACIÓN Y LOS AVANCES DE LA CIENCIA

5.1. La filiación y los avances científicos.

En los capítulos precedentes hemos analizado tanto la reproducción lograda con asistencia como las cuestiones de filiación, pero ambos aspectos los hemos contemplado de manera aislada, ahora es necesario amalgamarlos para concluir si, con motivo de las técnicas de inseminación artificial o de reproducción asistida aludidas, es necesario revisar la filiación, para saber si sigue funcionando o si debe actualizarse.

Pero ello no significa descontextualizar la aplicación *per se* de las técnicas para conseguir la reproducción de manera artificial con la necesidad de protección de los nacidos bajo ellas, de los padres, de los aportantes de las células germinales, de la unión familiar toda, considerada como la célula de la sociedad y a la cual el derecho le ha otorgado una protección especial obsequiándole un conjunto de normas para regularla, de manera primordial, en lo referido a la incorporación de nuevos seres a su núcleo, es decir, lo inherente a la filiación, se

debe atender la situación de cada participante para conseguir un todo armonizado en el cual, al mismo tiempo todos estén debidamente protegidos en su participación.

Atendiendo a la privacía de las relaciones sexuales -no se llevan testigos al lecho conyugal-, entraron en juego primeramente las reglas de las presunciones, las restricciones probatorias. Se impidió la imputación de la maternidad de un hijo nacido fuera de matrimonio a la mujer casada, y, hasta hace relativamente poco tiempo, se prohibía la investigación de la paternidad; “en principio se prohibió en Francia la investigación de la paternidad aunque hubiera ciertas circunstancias que como el concubinato, la violación, el estupro o la posesión de estado de hijo permitiesen presumir que cierto hombre engendró al hijo de una mujer soltera y fue hasta 1912 cuando se permitió la investigación de la misma.”⁽¹¹⁷⁾

Había otro aspecto fundamental para considerar tal juego de presunciones y de negativas de imputación de maternidad y de investigación de la paternidad, como la imposibilidad científica para determinar genéticamente la relación de un hijo hacia sus presuntos padre o madre. Pero la ciencia ha ido avanzando en ese sentido, determinándose en la actualidad con un muy alto grado de exactitud, tanto el momento del embarazo cuanto la relación biológica entre una persona y otra, lo cual permite relacionarlas cromosómicamente; pero avoquémonos por el

¹¹⁷ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Op. Cit. p. 473.

momento a los aspectos referidos a nuestra propuesta referida a la necesidad de incorporar nuevas fuentes de filiación.

Al analizar en detalle las técnicas de reproducción artificialmente lograda, vimos como puede darse la eventualidad, y está aconteciendo ya normalmente, de aportación de la célula germinal por un tercero extraño -hombre o mujer-, a la relación de la pareja -tercero al cual se ha dado en denominar como donante. El tema respecto a esta nomenclatura se analizará más adelante, concretándonos por el momento a continuar el análisis respecto de la procreación lograda con asistencia. Hacemos mención entonces a terceros extraños a la pareja, quienes aportan sus gametos sexuales o células germinales, para permitir a personas con problemas de reproducción, concebir nuevos seres. Estos terceros, pueden ser mujeres u hombres, aportando unas sus óvulos y los otros sus espermatozoides. También existe el supuesto de aportación del embrión, es decir, el óvulo de una mujer tercera ajena a la relación, fecundado con el esperma de un tercero ajeno a la relación de la pareja, unida ésta en matrimonio o concubinato; aunque más adelante veremos cada caso en particular, vamos vislumbrando de esta manera la problemática generada con este tipo de reproducción.

En el primer supuesto, cuando la célula masculina es aportada por un hombre ajeno a la relación ante la imposibilidad de su pareja de fecundarla, el

menor tendrá con su madre una relación biológica y cromosómica, será ella quien lo habrá concebido y engendrado, el óvulo lo aportó ella, pero su pareja hombre no habrá aportado ni biológica ni genéticamente cromosoma alguno, es decir, el hijo de su mujer no tiene ningún vínculo genético con el marido o concubinario de su madre.

¿Qué puede hacer jurídicamente, en el supuesto planteado, el marido de la mujer cuando ésta concibe y da a luz a un hijo con el semen de un tercero? la respuesta inmediata será o adoptarlo o registrar al hijo de su esposa como suyo propio, con fundamento en el Artículo 340 del Código Civil del Distrito Federal, el cual establece: "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" y nadie podrá ya, supuestamente, contradecirle tal paternidad, o bien adoptarlo, y de esta manera no habrá ya tampoco quien le dispute la paternidad del menor.

De esta manera se aprecia el desfasamiento del derecho con la realidad, es decir, nuestras conductas -así sea evidente la imposibilidad para quienes nos precedieron en el estudio de nuestra disciplina y nos legaron la institución de la filiación que han regido durante siglos, de poder intuir siquiera el avance de la ciencia en la materia, lo cual ha permitido conseguir la concepción de manera diversa a la natural, como se logra con las técnicas actuales- deben adecuarse a

dichas instituciones cuando el derecho debía también ir evolucionando a la par que la ciencia para no convertirse en un obstáculo, pero la inventiva humana, y con ella la realidad cotidiana, no se detienen a ver si nuestra ciencia va al parejo de ella o se ha quedado rezagada. Por ello hablamos ahora de la necesidad de una nueva fuente de filiación, de una sustentada en el consentimiento emitido libremente por los participantes en la aplicación de estas nuevas formas de concepción.

Pero, si empezamos a hablar o a proponer una nueva fuente de filiación cabría entonces plantearse el cuestionamiento respecto a si existe una "vieja filiación" o una "filiación pasada de moda"; antes de contestar la interrogante veamos cual es el punto esencial en el Código Civil del Distrito Federal para determinarla y estaremos en posibilidad de saber si continúa vigente o bien si debemos ya considerar nuevas fuentes de filiación, resaltando el aspecto de que no obstante la aparente protección de la legislación civil del Distrito Federal hacia los menores nuestra ley "regula más de once clases de hijos atendiendo a su origen: (de padre y madre desconocidos, artículo 58 del Código Civil del Distrito Federal, de matrimonio, artículo 59; de madre desconocida, artículo 60; de padre desconocido artículo 60; adulterino, artículo 62; incestuoso artículo 63; expósito, abandonado o huérfano, artículos 65 y 68; hijos de la cárcel, artículo 66; naturales artículo 77; legitimados artículo 354; reconocidos, artículo 367; de concubinato, artículo 383 y adoptivos, artículo 390); es falso decir que son iguales porque la

igualdad en derechos incluido el de heredar, deriva de la situación jurídica del menor o heredero con relación a sus padres; ¿Si el menor no tiene reconocimiento del padre, la madre o de ambos, cómo va a tener derecho a heredar?”⁽¹¹⁸⁾

Es pertinente, antes de entrar en materia, reflexionar que, a nuestro juicio, la figura de la filiación en estudio ha regulado adecuadamente las relaciones paterno y materno-filiales, funciona y ha cumplido con su cometido, es decir está probada. No obstante, consideramos necesario matizarla a fin de que siga teniendo esa vigencia de siglos, únicamente renovada con la contemplación de los avances de la ciencia, a efecto de que no exista un desfase con la realidad médico/científica, de poder regular determinadas conductas, dar seguridad jurídica a todos y cada uno de los que participan en este tipo de reproducción, lograda de manera artificial, pero sobre todo, al nuevo ser concebido con la participación de diversas personas.

5.2. El enfoque jurídico actual en la legislación civil del Distrito Federal para determinar la Filiación.

El Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 324, 340, 341 y 342 adopta tres modalidades o criterios para determinar la relación filial de los hijos de

¹¹⁸ Güitrón Fuentesvilla, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?*. 2o. Volumen. Ed. Promociones Jurídicas y Culturales, S.C. México, Distrito Federal, 1992. p. 91.

matrimonio, a saber: un criterio biológico o genético, uno formal o registral y uno social -la posesión de estado de hijo.

Habíamos dicho ya, citando a Rojina Villegas, que por filiación se entiende, en una connotación estricta la relación de derecho existente entre el progenitor y el hijo, la cual implica un conjunto de deberes, derechos y obligaciones creados entre el padre y el hijo. Es decir, una situación permanente que el derecho reconoce por virtud del hecho jurídico de la procreación.

Debemos tener presente también, que la filiación se establece de manera exclusiva entre el padre o la madre y el hijo, como acertadamente lo manifiesta Planiol: "la filiación es la relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o a madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".⁽¹¹⁹⁾

Siempre respecto del mismo tema, Magallón Ibarra, asevera: "Los vínculos de parentesco que existen entre el padre o la madre y el hijo, se denominan paternidad cuando se les considera en cuanto a la persona del padre o de la madre y filiación cuando se le mira en cuanto a la persona del hijo. Las relaciones de maternidad o de paternidad y de filiación, pueden ser resultado de la naturaleza o de

¹¹⁹ Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo II. Op. Cit. p. 283.

una ficción legal. En ella se dan genéricamente todos aquellos vínculos que van ligando a una persona con su estirpe.”⁽¹²⁰⁾

Es decir, la filiación da lugar al parentesco, el cual no sólo es biológico también puede ser voluntario, como acontece en el caso de la adopción.

5.2.1. Hijos de matrimonio.

El criterio para determinar la filiación de los hijos de matrimonio a la que hacíamos mención, como un presupuesto biológico-genético, se establece por el artículo 324 del Código Civil del Distrito Federal al expresar:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”⁽¹²¹⁾

¹²⁰ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Familia. Op. Cit. p. 429.

¹²¹ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal. 1996. Op. Cit.

La ley presume la relación carnal entre cónyuges y, como consecuencia de ello, considera del marido a los hijos nacidos dentro de la temporalidad invocada, es decir de aquél a quien las nupcias demuestran que es el esposo de la madre, actualizando de esa manera esa vieja máxima o proverbio romano; debemos tener presente la actualidad de los aforismos romanos pues las máximas o proverbios constituyen las más antiguas fórmulas concisas y breves, "síntesis que resultan de la experiencia y de la tradición y que encuentran su crédito en su antigüedad y en su forma lapidaria. Desde el punto de vista de la forma son fórmulas concisas, brillantes y generalmente en latín. Desde el punto de vista del fondo son verdades de orden general, que no tienen en cuenta excepciones y que ignoran la evolución del derecho. Las máximas representan puntos de vista que la tradición jurídica ha tenido siempre en cuenta y que proporcionan argumentos que la nueva metodología no puede descuidar si quiere conciliar la fidelidad al sistema con el carácter razonable y aceptable de la decisión" ⁽¹²²⁾

La legislación presume, decíamos, como consecuencia de las relaciones sexuales de la pareja, el nacimiento de ese hijo a quien protege y le da la presunción "*iuris tantum*" de haber sido engendrado biológica y naturalmente por

¹²² Perelman, Chaïm. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Ed. Civitas. Madrid, España, s/f. p. 117.

el esposo de la madre y quien pretenda destruir esa presunción estará obligado a probar su afirmación. En este supuesto se privilegia el vínculo biológico.

El segundo criterio o modalidad -la verdad formal o registral- se presenta cuando la ley exige para probar la filiación, del hijo de matrimonio, la existencia de su acta de nacimiento y la de matrimonio de sus padres, al establecer el Artículo 340 de nuestro Código Civil del Distrito Federal lo siguiente:

“Artículo 340. 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.”⁽¹²³⁾

Es decir, basta que al recién nacido lo registre una pareja casada como su hijo, para que lo sea, siempre y cuando presente además, la partida de nacimiento del menor.

El tercer criterio se conforma en una verdad social. La ley le otorga la protección filial al menor que ha tenido el estado constante de hijo, tal como se desprende del contenido de los numerales 341, 342 y 343, del propio ordenamiento legal:

¹²³ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal. 1996.

“Artículo 341. A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con **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.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase. .”(124)

“Artículo 342. Si hubiere hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieren fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a esos hijos haber nacido de matrimonio por sólo la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tienen **la posesión de estado de hijos de ellos**, o que por los medios de prueba que autoriza el artículo anterior, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.”(125)

“Artículo 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio, por la familia del marido y en la sociedad,

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Ibidem.

quedará probada la **posesión de estado de hijo de matrimonio** si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

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 matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento;

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

Es decir, no privilegian ya estos numerales la relación biológica -aunque la presuponen por tratarse de un hijo nacido de matrimonio- se da prioridad a las actas de nacimiento y de matrimonio de los padres, y a falta de ellas o si fueren defectuosas, incompletas o falsas a la posesión constante de estado de hijo de matrimonio, siendo esta última “una situación de hecho que se manifiesta a través del comportamiento que el hijo tiene como tal frente al presunto padre, a su familia y a la sociedad a que pertenece.”⁽¹²⁶⁾

Priva en estos últimos supuestos la realidad social, la situación de convivencia dentro de determinado seno familiar del hijo que reclama su pertenencia a él, por ello la relación que pide la ley no es ya solo respecto del

¹²⁶ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Op. Cit. p. 457.

supuesto padre, sino también en relación con la familia de éste, concretizada esa verdad o realidad a través de la demostración de tres requisitos; el primero lo constituye la fama de hijo, al haber sido reconocido constantemente como tal, tanto por la familia del marido, como en la sociedad en la que se mueven; el segundo puede ser, o bien que haya usado constantemente el apellido de quien pretende que es su padre con anuencia de éste, o bien, que el padre lo haya tratado como hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; el tercero, que el presunto padre tenga la edad exigida para contraer matrimonio, más la edad del presunto hijo.

Hasta aquí la filiación de los hijos nacidos de matrimonio.

5.2.2. Hijos nacidos fuera de matrimonio.

En cuanto a la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, debemos distinguir:

- a).- Si los padres están unidos en concubinato.
- b).- Si los padres no están unidos en concubinato.

La legislación da diferente tratamiento a unos y a otros, como veremos enseguida.

5.2.2.1. Filiación cuando los padres viven en concubinato.

Por lo que hace a los hijos de los concubinos, la ley les otorga la misma presunción que a los hijos habidos de matrimonio si nacen dentro de determinada temporalidad, al establecer el Artículo 383 del citado ordenamiento legal:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato; y

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”⁽¹²⁷⁾

5.2.2.2. Filiación cuando los padres no viven en concubinato.

Por lo que hace ahora a los hijos nacidos fuera de matrimonio y cuyos padres además no están unidos en concubinato, es necesario a su vez distinguir:

a).- La filiación con respecto de la madre.

¹²⁷ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal. 1996.

b).- La filiación con respecto del padre.

Para ello y empezando con la situación de la madre, nos permitiremos hacer un análisis de diversos artículos, iniciando con el 360 del Código Civil del Distrito Federal:

“Art. 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”⁽¹²⁸⁾

Como puede apreciarse, este numeral imputa la filiación a la madre por el sólo hecho de dar a luz a una criatura, pero no cualquiera podrá invocar ser el presunto hijo, deberá existir identidad entre aquél cuya filiación demande a la madre y el hijo a quien ella haya dado a luz. Para conseguir ello, el Artículo 385 concede amplia libertad probatoria, pero prohíbe hacer indagación alguna cuando tenga por objeto atribuirle el hijo a una mujer casada, a menos, establece el artículo 386, también del Código Civil del Distrito Federal, que la filiación se deduzca de una sentencia civil o criminal.

¹²⁸ Idem.

“Artículo 385.- Está permitido al hijo nacido fuera del matrimonio y a sus descendientes, investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios; pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada.”⁽¹²⁹⁾

“Artículo 386. No obstante lo dispuesto en la parte final del artículo anterior, el hijo podrá investigar la maternidad si ésta se deduce de una sentencia civil o criminal.”⁽¹³⁰⁾

¿Cómo se podrá deducir la filiación del presunto hijo de una sentencia civil o criminal, si se tiene el impedimento para investigar la maternidad cuyo objeto era atribuir el hijo a una mujer casada? Rojina Villegas cita un caso civil y uno penal. El primero, procede “cuando el marido hubiese desconocido al hijo y exista sentencia que declare la ilegitimidad del mismo, si podrá investigarse la maternidad respecto de 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”.⁽¹³¹⁾

Este planteamiento referido por Rojina Villegas, en el cual no obstante ser el padre quien está desconociendo la filiación con el presunto hijo y no la mujer casada quien impugna su propia filiación con el hijo, lo hace por referencia

¹²⁹ Ibidem..

¹³⁰ Idem

¹³¹ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Op. Cit. p. 480.

específica a los numerales 62 y 374 del Código Civil -mismos que adelante se transcriben.

Es claro el ejemplo de la sentencia penal por causa de adulterio de la mujer casada, “para que ya exista una base a fin de que ese hijo pueda considerarse concebido en dicho adulterio.”⁽¹³²⁾

Por la relación con el tema, nos permitimos transcribir los numerales 62, 63, 64 y 374 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal:

“Artículo 62.- Si el hijo fuere adulterino, podrá asentarse el nombre del padre, casado o soltero, si lo pidiere; pero no podrá asentarse el nombre de la madre cuando sea casada y viva con su marido, a no ser que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo.”

Este artículo y el siguiente enfatizan la necesidad de coexistencia de la madre casada con su marido, lo cual deja abierta la posibilidad para el supuesto de que, de no ser así, no es necesario que el marido no conviviente con ella, haya

¹³² Idem.

desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que declare que no es hijo suyo para asentar el nombre de la madre cuando sea casada.

“Artículo 63.- Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con 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.

Vemos en este artículo el mismo supuesto de la necesidad de convivencia con su propio marido de la mujer casada, para ser impedimento al juez del registro para asentar como padre a otro que no sea el mismo marido. Por ello, insistimos, si no viven juntos, se podría interpretar como que el juez del Registro puede asentar como padre a otro que no sea el mismo marido.

“Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.”⁽¹³³⁾

Este artículo es terminante en el sentido de que no podrá reconocer al hijo de mujer casada otro hombre distinto al marido, conviva la mujer con éste o no, lo

¹³³ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal. 1996.

cual es más congruente con la finalidad de las presunciones establecidas a favor del hijo de serlo de matrimonio.

Veamos ahora la filiación natural con respecto del padre, retomando el Artículo 360 del Código Civil, en su segunda parte:

“Art. 360.- La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”⁽¹³⁴⁾

Tenemos entonces, respecto del padre, únicamente dos casos para determinar la filiación con el presunto hijo; si no es un reconocimiento voluntario del presunto hijo, aquél podrá incoar un juicio buscando la sentencia que declare la filiación, pero ese juicio lo podrá iniciar el hijo única y exclusivamente, por así decretarlo taxativamente la legislación, en los casos contemplados en el Artículo 382 del Código Civil, a saber:

“Artículo 382. La investigación de la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio, está permitida:

¹³⁴ Idem.

- I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincide con la de la concepción;
- II. Cuando el hijo se encuentre en posesión de estado de hijo del presunto padre;
- 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; y
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.”

Es decir, se establece la posibilidad de investigar la paternidad de los hijos nacidos fuera de matrimonio únicamente en los casos contemplados las fracciones I, II y III pero la fracción IV le otorga la posibilidad al presunto hijo de demandar el reconocimiento de esa filiación contando con un principio de prueba a su favor. Todo ello nos permitirá analizar en detalle los aspectos relativos a la filiación y a su reconocimiento en las nuevas formas de reproducción artificialmente lograda, y este principio de prueba podrá ser ahora cualquiera de las pruebas genéticas actuales para determinar el parentesco entre dos personas.

Concatenando los numerales antes transcritos vemos que en el Distrito Federal la legislación privilegia el vínculo biológico entre los padres y los hijos, incluso le otorga a éste la presunción de serlo de aquél con la idea de no dejar

desprotegido al menor, posteriormente establece que la filiación se prueba simplemente con el acta de nacimiento y nos da una serie de supuestos para el caso de no existir ésta de estar defectuosa o incompleta, y, ante esa eventualidad, se ideó la figura de la posesión de estado de hijo de matrimonio, pero si se carece hasta de ésta, entonces el Código establece como admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba autorizados por la ley.

No obstante esa preponderancia al vínculo biológico la legislación concede la filiación voluntaria al autorizar la adopción, como dice Magallón Ibarra: "...se le atribuye a la filiación adoptiva el carácter de civil, que aún cuando es artificial y producto de una ficción, otorga el vínculo legal entre el adoptante y el adoptado" (135)

También autoriza el reconocimiento de hijos, sin necesidad en ninguna de estas dos figuras de la existencia del vínculo genético, esto es, en concordancia con lo comentado antes, la institución en cita fue previsoramente de conductas mediante las cuales se busca, primordialmente, la protección de los menores. Este aspecto es trascendental para los efectos de nuestra propuesta de incorporar una nueva fuente voluntaria de filiación.

¹³⁵ Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Familia. Op. Cit. p. 459.

Si, como decíamos, la ley da preponderancia al aspecto biológico, y actualmente estamos en posibilidades de saber si el menor es hijo del esposo, concubinario o conviviente de la madre, si podemos saber la fecha de la concepción, incluso hasta muy aproximada la hora de la misma, mediante la realización de diversas pruebas biológicas, no existe, a nuestro juicio, razón para seguir con las prohibiciones y restricciones probatorias y el no tomar en cuenta, incluso, la confesión de la mujer casada, cuando la ciencia está ya tan adelantada como para hacer saber al juzgador a detalle, tanto la determinación de la similitud cromosómica, como las diferencias genéticas que permiten determinar o eliminar la posibilidad de semejanza biológica entre una persona y otra.

Por ello, si la legislación civil otorga al hijo la posibilidad de demandar el reconocimiento de esa filiación contando con un principio de prueba a su favor, Veamos, así sea brevemente, los avances en materia de pruebas para determinar la parentalidad entre dos o más personas.

5.3. Las pruebas genéticas para determinar el parentesco.

La relación filial se basa en el vínculo biológico establecido entre procreante y el producto, con excepción de la adopción claro está, pero dada la imposibilidad, aún hasta hace muy poco tiempo, para poder determinar a ciencia cierta esa relación mediante pruebas biológicas pues la única con la cual se contaba hasta hace muy poco tiempo era la de los grupos sanguíneos eritrocitarios que no

es otra que la de coincidencia del tipo sanguíneo la cual es muy relativa, y únicamente arroja entre un veinte y un treinta por ciento de certeza para excluir una relación biológica entre una persona y otra.

En efecto, actualmente existen diversas pruebas para determinar la relación biológica entre dos personas, las cuales se han agrupado en cuatro grandes grupos, de acuerdo al método a utilizar para conseguir el objetivo buscado, siendo éstos:

“a).- Métodos que, basados en la distribución de la frecuencia de los distintos marcadores genéticos, nos permiten establecer el padre más verosímil, cuando no sea posible la exclusión de más de un presunto padre -la llamada por los autores germánicos prueba positiva de la paternidad.

“b).- Métodos genéticos que permiten excluir al hijo frente al supuesto padre, dando como segura la maternidad.

“c).- Método para demostrar en qué momento se realizó la fecundación, y

“d).- Métodos para evidenciar la imposibilidad de procreación por parte del supuesto padre en base a la impotencia *coeundi* o *generandi* del mismo.”⁽¹³⁶⁾.

¹³⁶ Villanueva y Castellano, José. *La investigación de la paternidad ante la nueva perspectiva constitucional*. Memorias del III Congreso de Medicina Legal y Social. Madrid, Diciembre 1979. Citado por Lledó Yagué, Francisco. *Acciones de Filiación*. Fondo Editorial La Ley de Derecho y Economía. Madrid 1987. p. 50.

Dentro de los métodos basados en la distribución de la frecuencia de los distintos marcadores genéticos que permiten excluir genéticamente la paternidad, se encuentran las pruebas hematoserológicas. Para demostrar el momento de la fecundación se cuenta con la prueba de maduración fetal, así como diversas pruebas de índole meramente médico para determinar la impotencia del varón presunto padre del menor.

5.3.1. Prueba de Identificación de personas mediante la huella digital del DNA.

Lo verdaderamente asombroso y útil de esta prueba consiste en que basta tener una gota de sangre o de semen, una hebra de cabello o un pedazo de hueso o piel para obtener el DNA de la persona a la cual pertenece y, en el laboratorio, hacer una clonación de dicho DNA, esto es, conseguir una copia exactamente igual a aquélla de la cual deviene, la cual a su vez se puede duplicar o multiplicar cuantas veces se necesite para hacer las pruebas que se requieran y más allá, se pueden producir secuencias de mayor tamaño; de esta manera, la muestra original se guarda en refrigeración para seguir obteniendo copias de ella si ello fuere necesario.

El Ácido Desoxirribonucleico (*DNA* por las siglas de *Deoxyribonucleic Acid*), fue analizado por primera vez en 1869 por el químico suizo Friedrich Miescher en la Universidad de Tübingen en Alemania, quien le dió el nombre de

nucleína por haberlo extraído precisamente del núcleo de la célula. En 1953 el bioquímico Estadounidense James Watson y el Biofísico Inglés Francis Crick publicaron la primera descripción de la estructura del DNA. Su modelo fue tan importante -porque permitió entender la síntesis de las proteínas, la mutación y la división del DNA- que en 1962 se les otorgó el Premio Nobel de Física y Medicina por su trabajo.

“El DNA es una molécula larguísima está formada por cuatro bases químicas distintas, Adenina (A), Timina (T), Citosina (C) y Guanina (G). Los 46 cromosomas que contiene el núcleo de una célula humana encierran unos dos metros de DNA. Una increíble organización y empacamiento reduce finalmente estos dos metros de material genético, cuyo grosor es unas quinientas veces más fino que el hilo de la seda de araña, a un espacio de una milésima de milímetro. Para ello, el DNA ha de plegarse y doblarse para lograr una reducción de siete mil veces su tamaño totalmente extendido. Muchas fotografías espectaculares muestran la imagen de una bacteria a la que, tras un tratamiento químico especial, se le ha desenrollado gran parte de su DNA. Los largos hilos se desparraman formando una inexplicable maraña, mientras que la diminuta bacteria permanece en el centro del laberinto. Si, en una persona utilizásemos todo su DNA para construir un cordón,

podríamos alcanzar con él el sol, volver a la tierra, y repetir el viaje más de trescientas veces.”⁽¹³⁷⁾

Todas y cada una de las células del cuerpo humano, ya sea la raíz del pelo, los leucocitos, espermatozoides, piel, hueso, etc., tienen la misma información genética, incluso la información necesaria para producir potencialmente el cuerpo humano completo. “Estos dos principios, el de la individualidad genética de cada individuo y el que todas las células de un mismo individuo poseen la misma información genética, son la base para los estudios de la huella digital de DNA.”⁽¹³⁸⁾

Veamos previamente, siguiendo a Luis Verruno y a Emilio Haas, algunos conceptos a los cuales estaremos haciendo reiterada alusión durante el desarrollo del presente análisis, mencionando antes que los cromosomas se ubican precisamente en el núcleo de cada célula y dentro de ellos están los miles de genes que regulan las funciones biológicas y las estructuras de las especies.

Gen es una porción de molécula de DNA del cromosoma que codifica -forma o establece- un determinado carácter o produce una determinada proteína.

¹³⁷ Ribes, David. *Proyecto Genoma*. Colección Biblioteca Básica de Espacio y Tiempo. Ed. Espacio y Tiempo, S.A. Madrid, España, s/f. pp. 32 y 33.

¹³⁸ Berumen Campos, Jaime. *El Análisis del Ácido Desoxirribonucleico -DNA- en la identificación de individuos*. Publicaciones del Departamento de Biología Molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea. Revista Ciencia y Desarrollo, Julio/Agosto. México, Distrito Federal, 1993. p. 36.

Gen dominante será aquél que se expresa en el fenotipo y transmite caracteres tanto normales como patológicos. Adelantemos que el fenotipo es la apariencia física característica de cada individuo.

Gen recesivo es el que se expresará en el fenotipo sólo si se presenta en número par en el genotipo. Es decir, ambos padres deben aportar un gen igual para que se presente en la apariencia física de la persona; Por ejemplo si ambos padres aportan el gen del color azul de los ojos, el hijo los tendrá de este color.

Genotipo se denomina a los genes en su conjunto.

Haplotipo es cada mitad parental, sea paterna o materna del genotipo.

Fenotipo es la expresión visible de la combinación de los grupos de genes paternos y maternos, decíamos antes que es la apariencia física del individuo.

Alelo son las formas alternativas de un mismo gen. Por ejemplo, el gen que codifica una proteína llamada C_3 presenta dos alelos, uno lento y otro rápido, de acuerdo con su movilidad en el campo de la Electroforesis.

Locus (lugar) es la posición que ocupa un gen en el cromosoma.

loci (lugares) son las diversas posiciones que un mismo gen ocupa en el cromosoma.

Con los conceptos anteriores, diremos que el principio de la prueba de la huella digital de DNA radica en que todos los seres humanos poseemos información genética única y por ello tenemos una apariencia física característica. Cada espermatozoide lleva en su cabeza 23 cromosomas, la mitad necesaria para integrar el patrón genético completo de una persona y poco después del cierre de la membrana ovular estos cromosomas, hasta ese momento compactados en la cabeza del esperma, empiezan a descondensarse y adquieren la apariencia de una minúscula hendidura "... a la cual se le conoce como pronúcleo masculino. Posteriormente, en el extremo opuesto del citoplasma aparece otra pequeña hendidura, esta vez se trata del pronúcleo femenino que también contiene 23 cromosomas integrados por una selección única de la información genética materna. Entre 11 y 18 horas más tarde, ambos pronúcleos inician un lento desplazamiento hacia la parte central del citoplasma, sitio en el que finalmente se encuentran y forman un solo núcleo." (¹³⁹)

La individualidad de cada persona está definida por el conjunto de marcadores genéticos que heredó de sus padres. Este material está contenido en

¹³⁹ Gutiérrez Najar, Alfonso. Revista de Reproducción y Genética. Publicación Bimestral del Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados. Año 1 No. 8, México, Distrito Federal, Septiembre de 1996. p. 2.

los cromosomas del núcleo celular y en el DNA mitocondrial, es decir en cada uno de los gránulos o filamentos presentes en el citoplasma de las células. En la fertilización, el óvulo y el espermatozoide combinan sus cromosomas para formar una célula con 46 de ellos. Por ello, la mitad de cada par de cromosomas es aportado por el padre y la otra por la madre. El DNA mitocondrial sólo es heredado por la madre.

Por ello el gen no perteneciente a alguno de los padres debe, necesariamente, pertenecer al otro pudiendo ser un gen recesivo que no haya aparecido en el fenotipo o apariencia física por haber sido relegado por uno dominante. La diferencia entre ambos tipos de genes estriba en que “la conformación del fenotipo está determinada por la índole de los genes, algunos genes siempre se expresan en el fenotipo, son los llamados genes dominantes. Otros en cambio sólo se expresan en el fenotipo si se encuentran en pares en el genotipo, es decir que el padre y la madre otorguen el mismo gen, en cuyo caso se denomina gen recesivo. En los estudios de filiación se detectan especialmente aquéllos genes que son codominantes.”⁽¹⁴⁰⁾

Respecto a la posibilidad de coincidencia genética entre los seres humanos ésta es muy remota, pues “la probabilidad de coincidencia al azar (PCA)

¹⁴⁰ Verruno, Luis y J.C. Haas, Emilio. *Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-legal*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1985. p. 15.

de que dos individuos sin parentesco familiar tengan un genotipo idéntico resulta de 1.9×10^{-12} , es decir de cada billón de habitantes tomados al azar, dos individuos tendrían el mismo genotipo" (¹⁴¹)

Hasta aquí los aspectos técnicos biomédicos del tema. Veamos ahora como se obtiene el DNA de los seres humanos.

5.3.1.1. Procedimiento para la obtención del DNA en los seres humanos.

Para conseguir analizar el DNA de una persona, es necesario extraerle una muestra de 10 mililitros de sangre, la cual se coloca en un tubo de ensayo, se mezcla con anticoagulante y se centrifuga a 2,000 revoluciones por minuto, durante un lapso de 10 minutos, a efecto de separar los glóbulos blancos, el suero y los glóbulos rojos. (*)

Se toman exclusivamente los glóbulos blancos, se extraen con una pipeta, se pasan a otro tubo de ensayo y se mezclan con una solución a base de detergentes, se agita el tubo conteniendo la mezcla con la finalidad de permitir el

¹⁴¹ Berumen Campos, Jaime, Casas-Ávila, Leonora y otros. *Diversidad Genética de tres sondas de DNA en la huella digital de DNA de una población Mexicana*. Publicaciones del Departamento de Biología Molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea. Revista Investigación Clínica, Vol. 46, No. 6, Noviembre-Diciembre, 1994. México, Distrito Federal. 1994. p. 461.

* Información obtenida mediante prácticas realizadas en el Departamento de Biología Molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea durante el mes de Noviembre de 1997.

rompimiento de las membranas de la célula y permitir la liberación del DNA toda vez que se encuentra en el núcleo de aquéllas.

Como resultado de este procedimiento tendremos, sin separar, DNA, RNA y Proteínas del núcleo de la célula.

Para eliminar el RNA y las proteínas y dejar el DNA puro, se incuba la muestra con enzimas; Incubar consiste en colocar la mezcla en el tubo de ensayo dentro de agua a la temperatura requerida por la enzima para reaccionar de forma óptima. En primer lugar, se incuba la mezcla con RNASA -la terminación ASA significa, en química, que se trata de una enzima, es decir la enzima que rompe o degrada al RNA-, a una temperatura de 37° y durante 60 minutos, al concluir los cuales se habrá eliminado el RNA.

Para eliminar también las proteínas, se le adiciona a la mezcla una enzima denominada proteinasa y se procede a incubarla esta vez a 65° durante 20 minutos.

Una vez eliminadas tanto las proteínas como el RNA, es necesario extraerlos de la muestra. Para ello se aplica un volumen de fenol -un volumen es igual a adicionar una cantidad similar a la que tenemos, es decir, si tenemos 5

mililitros en la muestra, debemos aplicar 5 mililitros de fenol-. El fenol es un compuesto orgánico a base de benzeno.

Se revuelve el fenol con la muestra y se forma una emulsión, es decir una sola mezcla, la cual se centrifuga de nueva cuenta, esta vez a 2,000 revoluciones por minuto, durante 10 minutos.

El DNA por ser menos denso o pesado se queda arriba en forma de un líquido transparente, mientras que el fenol y las proteínas se van al fondo del tubo de ensayo.

Se extrae, con una pipeta, el fenol y las proteínas y se deja en el tubo el líquido que contiene el DNA.

Ahora es necesario purificar este líquido eliminando los pequeños restos tanto de fenol, proteínas e impurezas que pudieran quedar; para ello se agrega una solución a base de cloroformo y alcohol isomilico, se agita para formar una emulsión y se centrifuga todo durante 10 minutos a 2,000 revoluciones por minuto.

Por ser más pesada la solución conteniendo cloroformo, alcohol y fenol, proteínas y las impurezas que había en la muestra, se va al fondo en el tubo de ensayo y el líquido conteniendo el DNA se queda en la parte de arriba.

Si se aprecian impurezas a simple vista, se repite el procedimiento de agregar fenol, centrifugar, agregar solución de cloroformo y alcohol y centrifugar, a efecto de tener la certeza de que la muestra esté libre tanto de fenol como de impurezas.

Una vez limpio, al líquido que contiene el DNA se le agrega cloruro de sodio e isopropanol, se mezcla todo y lentamente irá apareciendo la hebra del DNA.

Se toma la hebra con la punta de una pipeta y se traslada a otro tubo de ensayo, se lava con etanol, se mezcla y se centrifuga a 14,000 revoluciones por minuto durante 5 minutos. Esta operación se repite dos veces más.

Después del último lavado, se eliminan los residuos de la parte de arriba y se seca a vacío; el precipitado resultante se hidrata con agua esterilizada y doblemente filtrada, obteniéndose una solución viscosa que es ya propiamente el DNA puro.

Se toma una muestra y se lee en un aparato llamado espectrofotómetro para determinar la cantidad de DNA existente y la pureza del mismo, pues, por más que se eliminen, siempre quedarán proteínas. Esta lectura se hace a base de un

rayo de luz el cual pasa a través de una celda de cuarzo y se difracta dependiendo del material encontrado en la muestra. La difracción se transforma en una lectura numérica que permite determinar la concentración del DNA y las proteínas aún residuales. Se hacen dos lecturas y el resultado deberá ser igual o superior a 1.8 para poder continuar, si es más bajo, se deberá repetir el procedimiento de agregar fenol, centrifugar, agregar solución de cloroformo y alcohol y centrifugar, hasta alcanzar la medición señalada.

Una vez determinados tanto la cantidad de DNA como la pureza del mismo, se procede a obtener una copia del mismo a efecto de no degradar o maltratar la muestra original así como para poder amplificar y estudiar los alelos minisatélites y microsatélites presentes en la muestra.

Pasaremos por ello a describir el procedimiento de duplicación artificialmente lograda del DNA humano llamado PCR por las siglas en inglés de Reacción en Cadena de la Polimerasa (*Polymerase Chain Reaction*).

La Polimerasa es una enzima del DNA que realiza diversas funciones naturales y el hacerla reaccionar en cadena es un método *In vitro* para conseguir una réplica exactamente igual de la hebra de DNA con la cual ya se cuenta. Fue descubierta en 1955 por Arthur Kornberg de la Universidad de Stanford y su

personal asociado, cuando se percataron de la existencia de "... una enzima celular llamada la Polimerasa del DNA. Esta enzima presenta funciones naturales entre las que se incluyen la replicación y reparación del DNA. Estas enzimas pueden extender un pequeño oligonucleótido cebador (Primer) al unirle nucleótidos trifosfatos adicionales al extremo 3' siempre y cuando el cebador se encuentre hibridado o unido a una hebra complementaria". (142)

Efectivamente, la polimerasa, al reaccionar en cadena, puede ir logrando duplicar una hebra de DNA tomando como molde la hebra original. Para lograr ello, es preciso agregar a la muestra del DNA que ya tenemos, Buffer de PCR y 2.5 microlitros de cada uno de los dos cebadores o Primers a utilizar; el Primer -cuyo significado en inglés es detonador- o cebador es un polvo que se disuelve en agua y consiste de bases púricas y pirimidínicas unidas entre sí y corresponden a la secuencia homóloga a flanquear, es decir, los extremos dentro de los cuales va a actuar la polimerasa. También se agrega glicerol para intensificar la banda, Cloruro de magnesio, polimerasa, la DNA polimerasa y agua.

Decíamos que se requieren dos tipos de Primers, uno para que se adhiera a la región 5' de la hebra que va a señalar el comienzo y el otro a la 3' para señalar el final.

¹⁴² Gerson Baum, Cynthia. *La Reacción en Cadena de la Polimerasa (PCR) y algunas aplicaciones clínicas*. Tesis para obtener el título de Química Farmacéutica Bióloga. Facultad de Química. UNAM. México, Distrito Federal, 1994. p. 4.

El Buffer de PCR esta formado por sales, es el medio que permitirá crear las condiciones de vida natural en este procedimiento artificial y determinará un pH también similar al natural.

El Primer o cebador busca en el DNA una secuencia que previamente se conoce y la cual se le ordena que encuentre. Es, por decirlo así, una especie de sonda que se envía en busca de determinado gen o conjunto de genes, y es una copia complementaria del gen que se manda a buscar. Por ejemplo, si se quisiera explorar la presencia del virus de la hepatitis en un hígado enfermo, la sonda será el mismo genoma del virus de la hepatitis enviada con un marcador radiactivo o colorimétrico. La sonda empieza a buscar la presencia del virus y si sus cadenas de DNA encuentran las cadenas complementarias de DNA en estudio, la sonda se une o hibrida a ese complemento. Si lo que se desea es comparar las bandas del DNA de dos individuos, se colocan ambas en la placa de rayos X y como cada individuo presenta de 15 a 18 bandas, los diferentes tamaños de las bandas representaran alelos diferentes para un marcador genético particular y dependiendo de las coincidencias o diferencias en las citadas bandas en cada uno de los marcadores genéticos, se irá realizando la discriminación para determinar la coincidencia genética o no entre dos personas.

De forma similar a estos Primers o cebadores se les da la instrucción de buscar en determinada región del DNA. Así, se le puede ordenar que busquen, por decir algo, el DNA mitocondrial, la secuencia que codifica para el receptor de dopamina, entre miles de otros. Al localizar la secuencia dentro de la región que se le ordenó que buscaran se van a adherir por medio de la formación de puentes de hidrógeno y van a delimitar la zona que se quiere amplificar o duplicar, ya que un Primer se adherirá a la región 5' de la hebra que va a señalar el comienzo y el otro a la 3' para señalar el final.

Una vez adherido el Primer, empieza la síntesis a cargo de la DNA Tag Polimerasa, junto con el cloruro de magnesio y los nucleótidos (A, G, T, C) y empezarán a copiar el material genético, partiendo del natural.

Para ello cada una de las bases o nucleótidos A, G, T y C se va a complementar con su homóloga de la hebra natural o molde. Es decir, la "A" (Adenina) se va a unir a la "T" (Timina), la "G" (Guanina) con la "C" (Citosina), para formar una nueva hebra, todo ello respondiendo a una orden natural.

Como el DNA se fragmentó, mediante la aplicación de calor en dos hebras, en la otra va a acontecer exactamente lo mismo de tal manera que

arrojen, al conjuntarse, una copia exactamente igual del DNA con el cual contábamos; y esto se puede hacer cuantas veces se requiera a efecto de no maltratar o degradar la muestra original para ulteriores análisis y todo ello logrado por la ciencia, de manera artificial.

Posteriormente, se prepara una sustancia condensada conocida como gel, para lo cual se colocan 0.6 gramos de agarosa -polímeros de azúcares-, y se mezcla con una solución a base de sales, se pone a calentar todo en el horno de microondas durante un minuto a fin de disolver la agarosa y obtener de esta manera la sustancia gelatinosa, que es ya propiamente el gel. Se extrae del horno, se coloca en un recipiente, en el cual se colocan, en los extremos, unas especies de peines a fin de dejar unos pequeños orificios -o pozos- en el gel cuando éste fragüe, lo cual se consigue dejándolo a la temperatura ambiente durante 10 minutos al final de los cuales se vuelve consistente.

Antes de verter el gel a la cámara con peines se le agrega bromuro de etidio, el cual tendrá la función de incorporarse al DNA y permitir ver a éste ya que el bromuro es fluorescente cuando se coloca bajo una luz ultravioleta. Al momento de correr las muestras (previo fraguado del gel), se le agrega un marcador de peso molecular para determinar el peso aproximado de la muestra y saber si la banda de DNA corresponde a la que deseaba duplicar.

Se mezcla el DNA con colorante azul de bromofenol el cual le da densidad a la muestra y le permite migrar y seguir un solo carril.

Se coloca el DNA en uno de los carriles o pozos preparados en el gel mediante los "dientes" de los peines que se colocaron en éste antes de fraguar y se coloca todo en un aparato llamado Cámara de Electroforesis Horizontal; se le agrega un líquido denominado buffer TBE0.5X elaborado a base de sales y se le conecta electricidad al aparato.

La Cámara de Electroforesis Horizontal tiene la característica de recibir carga positiva y negativa de electricidad. En virtud de que el DNA tiene carga negativa se irá moviendo lentamente en busca de la carga positiva, a ello se le llama migrar. Al moverse o migrar dentro de uno de los carriles preparados expresamente, podrán apreciarse los aspectos de la estructura del DNA en forma de bandas paralelas, similar a los códigos de barras que identifican a los productos en los supermercados, ello virtud al colorante agregado y serán las huellas de las bandas de los alelos de la persona a quien pertenezca la muestra, la cual ahora puede compararse con la de las otras u otras personas, sometidas al mismo tratamiento.

El procedimiento habrá sido exitoso si el DNA migra o se mueve buscando la carga positiva de electricidad y deja la evidencia de las bandas antes citadas sobre el gel, lo cual se apreciará bajo una lámpara con luz ultravioleta. Si el DNA no migró, habrá necesidad de revisar todos los pasos seguidos hasta este momento, algo se hizo de manera indebida.

Si el procedimiento marcha bien hasta este momento, se procede a elaborar otro gel, esta vez para realizar la tinción de plata; para ello, se colocan dos cristales, uno de 37 por 20 centímetros y otro más corto de 35 por 20 centímetros, con un espesor, ambos de 0.5 centímetros. Se limpian perfectamente ambos cristales con un algodón con alcohol y se les coloca una sustancia a base de detergente para facilitar el despegue del gel. Se coloca el vidrio más pequeño encima, se colocan separadores de 0.8 mm. De espesor en las orillas, las cuales previamente fueron untadas con vaselina para evitar fugas del gel y permitir que se unan firmemente, para lo cual se utilizan broches metálicos que se colocan en cada extremo.

Se prepara una sustancia también gelatinosa, mezclando 35 mililitros de agua purificada con 20 microlitros de un agente polimerizante o catalizador llamado Temed además de 17.7 mililitros de acrilamida, una mezcla de bisanolamida y 13.3 de TBE 0.5X; se disuelve toda esa mezcla por medio de

agitación y la solución se vacía en el recipiente que ahora resulta de los dos vidrios unidos y sellados y se coloca en la parte superior el peine para establecer los carriles o pozos por donde se moverá o migrará el DNA. Con todo preparado, se espera la polimerización, esto es, la condensación de la mezcla, lo cual se obtendrá en un lapso no mayor de 30 minutos.

Una vez polimerizada la mezcla, se quita la cinta de la parte inferior para que el gel haga contacto con las demás sustancias que se agregarán; se retira también el peine y se le coloca el vidrio-recipiente en forma vertical en un aparato llamado Cámara de Electroforesis Vertical para Geles de Secuencia.

Se agrega buffer TBE0.5X y se lavan cada uno de los pozos resultantes de retirar el peine y en cada uno de ellos se coloca una de las muestras de DNA a la cual se le mezcló colorante y en otro pozo se coloca el marcador de peso molecular. Se le conecta electricidad positiva y negativa durante 3 ó 4 horas y, como habíamos dicho antes, por tener el DNA carga negativa irá migrando lentamente en busca de la carga positiva.

Posteriormente se separan los cristales y el gel adherido a uno de ellos se empieza a separar con presión de agua. Se coloca en una bandeja y se le agrega una solución fijadora a base de ácido acético a fin de que las bandas no se difundan y

estén fijas. Se deja reposar durante 20 minutos. Después se lava el gel dos veces durante 10 minutos cada vez con agua destilada y en agitación constante. Posteriormente se le agrega, en la misma bandeja, Nitrato de Plata disuelto en agua al 0.1% y se deja media hora en agitación.

Se lava muy rápidamente el gel con agua purificada y se procede al revelado, aplicándole una solución de carbonato de sodio disuelto en agua y formaldehído y se coloca de nueva cuenta en agitación. Entre 5 y 10 minutos después aparecen las bandas del DNA.

Se adhiere el gel que refleja el DNA a un papel especial llamado papel filtro y se seca aplicándole vacío y calor a efecto de deshidratar ambos y que formen una unidad la cual puede ya manipularse sin temor a ruptura, debido a que el gel tiene un espesor de 8 mm.

La interpretación de las bandas será el paso final y mediante ella se analiza si entre la migración de las bandas del DNA de los individuos a comparar si hay o no coincidencia para discriminarlo o imputarle el hecho con un muy alto grado de certeza. (*)

* Información obtenida personalmente mediante prácticas realizadas en el Departamento de Biología Molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea durante Noviembre de 1997.

5.3.1.2. Ofrecimiento de la Prueba de Genética Molecular denominada Huella Digital de DNA.

Analicemos ahora el ofrecimiento de la prueba pericial correspondiente. Supongamos que se requiere determinar si el SEÑOR XX es el padre del MENOR X por negar aquél serlo y habersele demandado el reconocimiento de la paternidad. En este caso deberá determinarse si existe relación genética entre el niño y el padre cuestionado.

En el juicio correspondiente, la prueba de identificación se deberá ofrecer en los términos que a continuación se detallan.

PERICIAL DE GENÉTICA MOLECULAR DENOMINADA HUELLA DIGITAL DE DNA LA CUAL PERMITIRÁ ESTABLECER SI LAS CARACTERÍSTICAS GENÉTICAS DEL SR. XX CORRESPONDEN CON LAS DEL MENOR x, a cargo del Perito Médico _____, con cédula profesional número ____, expedida por la Dirección General de Profesiones, persona experta en estudios de genética molecular, con domicilio en la calle de ____, número __ de esta Ciudad, a quien me comprometo a presentar ante este H. Juzgado, dentro del término de ley para la Aceptación y Protesta del cargo conferido.

Mediante el desahogo de esta probanza probaremos a Usía, en términos del artículo 291 del Código de Procedimientos civiles, que, al poseer todos los seres humanos información genética única por ser los progenitores quienes, de manera exclusiva, aportan el material genético a sus hijos, es obvio que aquel gen no perteneciente a alguno de los padres debe, necesariamente, pertenecer al otro, razón por la cual el estudio de DNA permitirá determinar si los genes del SEÑOR XX son similares a los del MENOR x.

EN PREPARACIÓN DE DICHA PROBANZA, respetuosamente solicitamos a Su Señoría tenga a bien decretar lo siguiente:

1. - En diligencia que se deberá llevar a cabo en las instalaciones de este H. Juzgado a su digno cargo el día y hora que Su Señoría se sirva señalar para tal efecto, extraer de la persona del suscrito como oferente de la prueba de 10 mililitros de sangre, a fin de que de dicha muestra se obtenga el material conteniendo el DNA a efecto de realizar el análisis comparativo con el DNA que se extraiga de las muestras del menor x.
2. - Requerir a la SRA. YX para que permita la extracción, en diligencia que se deberá llevar a cabo en las instalaciones de este H. Juzgado a su digno cargo el día y hora que Su Señoría se sirva señalar para tal efecto, de 10 mililitros de sangre de su persona. Lo anterior, a efecto de que la SRA. YX aporte el material genético

indispensable para efectos de exclusión de sus genes en el menor, porque el principio de herencia genética es el mismo, y a fin de realizar el análisis discriminante con el DNA que se extraiga tanto de las muestras del menor x como las del SEÑOR XX.

3. - Como persona que ejerce la patria potestad sobre el menor X requerir a la SRA. YX para que permita la extracción, en diligencia que se deberá llevar a cabo en las instalaciones de este H. Juzgado a su digno cargo el día y hora que Su Señoría se sirva señalar para tal efecto, de 10 mililitros de sangre de la persona del menor. Lo anterior, a efecto de que se aporte el material genético indispensable para la realización de la prueba que se ofrece.

UNA VEZ DEBIDAMENTE PREPARADA LA PROBANZA EN LOS TÉRMINOS QUE ANTECEDEN Y CONTANDO CON LOS ELEMENTOS GENÉTICOS CORRESPONDIENTES, DEBERÁ EL PERITO RESOLVER EL SIGUIENTE CUESTIONAMIENTO:

1).- Que determine el perito si existe identidad genética entre el material aportado por el MENOR x y el material genético correspondiente al SEÑOR XX.

2. - Que explique el perito en que consisten las similitudes o diferencias entre ambos materiales genéticos.

3. - QUE DIGA EL PERITO SI, DE ACUERDO AL ESTUDIO GENÉTICO REALIZADO, EL SEÑOR XX ES O NO EL PADRE DEL MENOR x.

4. - Que explique el perito las razones técnicas que le permitieron arribar a dicha conclusión.

ESTA PRUEBA SE RELACIONA CON LOS HECHOS __ , __ , __ , __ y __ , DE LA PRESENTE DEMANDA.

Respetuosamente solicitamos a Su Señoría tenga a bien requerir a mi contraparte para que nombre un perito de su parte dentro del término de tres días posteriores a que lo decrete Usía, con el apercibimiento de que el Tribunal le nombrará uno en caso de rebeldía.

Ofrecida en forma y admitida la probanza, su desahogo le permitirá al juzgador saber si existe coincidencia entre las muestras de DNA del presunto padre con el menor cuestionado en cuanto a la paternidad y tener elementos de gran certeza al momento de dictar su resolución.

5.3.2. Prueba de Histocompatibilidad de los Antígenos HLA.

Jean Baptiste Dausset, médico inmunologista francés, fue galardonado en 1980 con el Premio Nobel en fisiología y medicina, junto con el genetista estadounidense George Davis Snell y el inmunologista Venezolano Baruj Benacerraf por sus descubrimientos consistentes en determinar la existencia de células que regulan las reacciones inmunológicas del cuerpo humano.

“Mientras trabajaba en una unidad de transfusión de sangre del ejército francés durante la Segunda Guerra Mundial, Dausset se percató de que algunos pacientes mostraban una reacción adversa a la transfusión aunque la sangre fuera del mismo tipo. Se percató que en estos casos la sangre había sido afectada por la vacuna contra la difteria y el tétanos recibida por los donadores. Las vacunas habían incrementado los anticuerpos de la sangre contra elementos extraños. Descubrió entonces que los humanos tenemos un centro llamado Complejo Mayor de Histocompatibilidad o CMH (en inglés MHC por las siglas de *Major Histocompatibility Complex*), el cual determina la función y el tipo de sangre afín. Cuando el cuerpo rechaza una transfusión de sangre, un trasplante o un injerto de piel es porque el CMH detecta antígenos incompatibles con el cuerpo. Dausset determinó que el Complejo Mayor de Histocompatibilidad de los

humanos se encuentra en una pequeña área del sexto cromosoma a la cual denominó HLA (por sus siglas en inglés: human leukocyte antigen); las bases genéticas del Complejo Mayor de Histocompatibilidad se conocieron en 1967, cuando Dausset exitosamente logró convencer a los quirugistas de todo el mundo de la necesidad de células afines para realizar transfusiones de sangre, transplantes de órganos o injertos de piel” (143)

Precisamente el estudio del sistema HLA permitió detectar su enorme variabilidad, la cual hace que prácticamente no existan dos personas con el mismo complejo de proteínas en sus linfocitos, y se estableció la prueba de histocompatibilidad del HLA.

“El estudio del sistema resultó sumamente eficaz para establecer la posibilidad de transplantes de tejidos y órganos entre seres humanos, pues la incompatibilidad inmunológica era detectable en razón de los antígenos nucleados en las células de donante y receptor. Pero, más tarde, ha venido a servir para determinar positivamente la paternidad y la maternidad, en razón de que tales proteínas antigénicas de histocompatibilidad se heredan de padres a hijos a través de los genes que han codificado los antígenos. Toda persona tiene, por herencia, los antígenos que recibe de su padre y de su madre, codificados por los genes situados

143 Dausset, Jean Baptiste. Microsoft Encarta 97. Encyclopedia 1993-1996. Microsoft Corporation. CD Rom Multimedia.

en el sexto par cromosómico. Cada persona presenta un par de antígenos de cada codificación -uno genéticamente paterno y otro genéticamente materno- formando el complejo mayor de histocompatibilidad. Los antígenos del sistema se muestran claramente ya en el feto, y después del nacimiento se mantienen constantes y estables durante toda la vida de la persona. La gran posibilidad de combinaciones hace posible la determinación positiva de paternidad y maternidad con una certeza, en ocasiones, absoluta, pero en general, superior al 97%.”.(¹⁴⁴)

Los genes que conforman a los antígenos HLA se encuentran ubicados en por los menos cinco *loci* del cromosoma seis. Los lugares se denominan A, B, C, D Y DR. para los estudios de filiación se utilizan solamente los *loci* A y B.

“Cada individuo presenta dos antígenos HLA-A dos HLA-b, dos HLA-C, dos HLA-D y dos HLA-DR, en total diez antígenos HLA. Cada antígeno del par tiene un origen parental distinto, es decir, un progenitor transmite un antígeno del locus A y el otro progenitor transmite el segundo antígeno del locus A para formar el par. Por ejemplo un individuo puede presentar los antígenos: HLA-A2 y HLA-A3. el HLA-A2 heredado del padre y el HAL-A3 de la madre. El gen A2 y el gen A3 conforman el genotipo A2A3. En el laboratorio se detectan los antígenos A2 y A3 en

¹⁴⁴ Soto la Madrid, Miguel Angel. *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho.* Op. Cit. p. 65.

los linfocitos de la sangre, es decir se reconoce con los anticuerpos específicos anti A2 y anti A3 que los antígenos ubicados en la membrana del linfocito, conforman el fenotipo A2A3.

“Resumiendo, los genes que codifican a los antígenos HLA tienen tendencia a combinarse en forma preferencial entre los diferentes *loci*. Esta tendencia genera un fenómeno reconocible en cada población que se denomina ‘desequilibrio de ligamento entre genes’ y que caracteriza la población al observarse en el estudio de los individuos que la componen verdaderas matrices identificatorias, muy utilizadas no solo en filiación sino en antropología, migraciones y estudios de incidencia en los diferentes países del mundo de ciertas enfermedades.”⁽¹⁴⁵⁾

5.3.3. Prueba de Maduración Fetal.

La trascendencia de la prueba de maduración fetal o de duración del embarazo, radica en su importancia para configurar criterios seguros, para la exclusión de la paternidad del marido impugnante de la filiación del hijo, por ello “la prueba de maduración fetal ha sido empleada como prueba de exclusión de la paternidad. En estos casos se mide el diámetro biparietal del feto, que está

¹⁴⁵ Verruno, Luis y J.C. Haas, Emilio. *Manual para la Investigación de la Filiación. Actualización Médico-legal.* Op. Cit. p. 32.

estrechamente correlacionado con la edad de gestación. La ventaja de este método estriba en que se puede establecer desde el segundo mes de la gestación. Nacido el feto, todos los parámetros que indican la madurez fetal (peso, talla, perímetros...) podrán fijar con precisión el tiempo que ha durado la gestación y, en consecuencia, la fecha más probable de fecundación" (¹⁴⁶)

La ventaja de esta prueba radica precisamente en que si se evidencia con ella la exclusión de la paternidad, ya no será necesario practicar otros peritajes médicos más complicados, como examinar especificidades de los grupos eritrocitarios, tisulares, enzimáticos, protéicos, de los grupos de las gamma globulina, etc.

"Los grados de probabilidad determinados por cualquiera de estos métodos no pasan de ser elementos de orientación, sin alcanzar nunca la categoría de absoluta. No obstante, pueden rendir útiles servicios, sobre todo cuando se trata de discriminar entre dos presuntos padres cuyas relaciones sexuales con la madre hayan tenido lugar en épocas distintas. En todo caso, además, pueden adicionarse a otras eventuales inverosimilitudes derivadas de diferentes métodos de examen" (¹⁴⁷).

¹⁴⁶ Villanueva y Castellano, José. *La investigación de la paternidad ante la nueva perspectiva constitucional*. Op. Cit. p. 30.

¹⁴⁷ López Gómez y Gisbert, Calabuig: *Tratado de Medicina Legal*. Editorial Saber. Valencia, España, 1962. p. 243.

Sin embargo, esta prueba está sujeta a la determinación precisa por parte de la madre de sus fechas de menstruación, porque "las imprecisiones de las declaraciones de la madre en cuanto a sus últimas reglas no permiten traer ninguna conclusión del método fundado sobre el ciclo de fecundidad. Desde el momento de la instrucción no había establecido ningún indicio de relaciones íntimas de la madre con un tercero; la jurisdicción cantonal había concluido, sin violar las reglas del derecho federal en materia de pruebas, que el embarazo había durado más tiempo que de costumbre, permaneciendo dentro de los límites que los hombres de ciencia califican de posibles, y por tanto que el demandado había engendrado el hijo" (148).

Es de resaltar la importancia, para la aplicación de la prueba de maduración fetal, el certero conocimiento de las fechas de menstruación de la madre, adolecer de dicho control hará que esta probanza no sea suficientemente precisa.

5.3.4. Pruebas Antropológica y Heredobiológica.

Con la prueba antropológica se tratan de conjugar criterios de la transmisión de caracteres morfológicos, es una prueba que lógicamente depende de muchos factores de transmisión hereditaria, por ello se debe atender a la

¹⁴⁸ Idem. p. 246.

circunstancia de ausencia de caracteres los cuales se presentan en el hijo recién nacido hasta pasado un cierto tiempo, razón por la cual el mayor peligro de esta prueba radica en el subjetivismo de la apreciación de quien la practique.

Aunque también cabe mencionar a su favor lo siguiente: "El subjetivismo que se alega contra la prueba heredobiológica por la valoración personal del perito no es superior al que hay en toda prueba pericial o testifical declaración de un hombre, teñida de subjetivismo por muy objetiva que se crea" (¹⁴⁹).

Primordialmente consiste en llevar a cabo un análisis de los principales caracteres heredobiológicos, herencia de caracteres físicos o antropológicos (cabeza, tronco, miembros), coincidencia de caracteres psicológicos y sensoriales y de caracteres patológicos.

¹⁴⁹ Rivero Hernández, Francisco. *La presunción de la paternidad legítima*. Ed. Tecnos. 1971. Madrid. p. 503.

CAPÍTULO SEXTO

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LA MUJER ANTE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIALMENTE LOGRADA.

Como vimos en el apartado precedente, la relación filial no está determinada tan solo por el vínculo biológico, la verdad social o estado de hijo de matrimonio dan a éste la presunción de serlo de matrimonio; es decir, por mandato legal cede el aspecto puramente genético, ante la necesidad de reconocer una realidad existente de hecho, de consolidarla jurídicamente. Ese vínculo biológico-genético se ve también roto de manera voluntaria como la única manera de relacionar filialmente a padres e hijos, cuando de la adopción se trata. La ley crea a través de personas que no pueden -o no quieren- procrear, una relación parental entre dos seres, a los cuales no los une ningún nexo de índole biológico. Resalta en ambas figuras el aspecto voluntarista; en el primer caso se da entrada a una persona en el seno familiar y se le proporciona trato de hijo, en el segundo, de manera completamente libre e informada, se decide incorporar como hijo a una persona -extraña la mayoría de las veces- y con quien no existe relación biológica. Es importante tener en cuenta estas figuras para dar sustento a nuestra propuesta, al ir

vislumbrando que la voluntad puede ser legalmente tan fuerte como el vínculo genético entre las personas y la ley así lo reconoce.

Enseguida analizaremos los aspectos de hecho, así como las consecuencias de derecho, que trae aparejado conseguir la reproducción con asistencia tanto en el caso de la mujer como en el del hombre, porque, como veremos, la problemática es distinta en cada sexo.

Respecto a la situación femenina, pueden darse diversos supuestos biológicos con repercusión en el campo del Derecho; así, la mujer puede:

- a).- Tener óvulos fértiles, pero su organismo no está en posibilidades de gestar y/o llevar el embarazo a buen fin.
- b).- Carecer de óvulos fértiles pero su organismo si es capaz de afrontar adecuadamente la gestación y el alumbramiento.
- c).- Ser capaz de aportar óvulos fértiles y soportar el embarazo y el alumbramiento.
- d).- No tener capacidad para aportar óvulos fértiles y además no soportar el embarazo.

Es importante destacar que fertilización o fecundación y embarazo o gestación son procesos biológicos diferentes. El embarazo se refiere a los cambios sufridos en el organismo a partir de intercambios metabólicos entre la mujer y el ser en desarrollo, lo cual acontece con posterioridad a existir la fecundación.

Cada uno de estos supuestos presenta complejidades jurídicas distintas, como veremos enseguida.

6.1. La mujer cuenta con óvulos fértiles, pero su organismo no soporta la gestación.

En este supuesto, las técnicas actuales permiten, ya sea mediante la fecundación *In vitro* (FIV), la Transferencia Intratubaria de Gametos (GIF) o la Inyección intracitoplasmática de espermias (ISIC), analizar la problemática específica de la mujer y fertilizar su óvulo fuera del claustro materno, con espermia de su marido o de un tercero ajeno -cuya participación abordaremos más adelante- y encargar su gestación a otra mujer quien deberá, al concluir el periodo y llegar el alumbramiento, entregar el nuevo ser a la aportante del óvulo, quien genéticamente es la madre del menor.

Tenemos entonces, desde el punto de vista de la mujer, cuando cuenta con óvulos fértiles pero su organismo no soporta la gestación, a dos participantes la primera, a quien denominaremos la madre genética, y la segunda será la madre gestante. La genética aportará el óvulo ya fecundado y la segunda lo gestará y le dará a luz. Dejemos de lado por el momento a quien pertenece el espermatozoides con el cual fue fecundada la célula germinal femenina para retomarlo más tarde.

La literatura jurídica universal ha dado en llamar a la persona quien recibe el óvulo y lo gesta, como madre sustituta o subrogada; esto último, atendiendo a las raíces latinas de la palabra *subrogare*, esto es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, a la que reemplaza respecto de determinada relación en sus derechos y obligaciones”.⁽¹⁵⁰⁾ Tal denominación ha privado sobre todo en legislaciones de la familia del *Common Law*, (precisamente el término maternidad subrogada deviene de la traducción del inglés *surrogated motherhood*), pero no únicamente se utiliza en el Derecho Anglosajón, el término se está universalizando y también se habla de esta figura en España, en Holanda, en Francia y en otros países europeos, así como también en Israel, en Australia, etc. Alicia Pérez Duarte al respecto, manifiesta: “Con relación a la maternidad, se presentan tres tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la

¹⁵⁰ Palomar Miguel, Juan de. *Diccionario para Juristas*. Op. Cit. p. 1277.

fecundación, y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación. En este último caso, la mujer literalmente sólo permite que se desarrolle y viva un nuevo ser, por ello se le nombra madre biológica, en lo que se ha dado en llamar maternidad sustituta o subrogada.”⁽¹⁵¹⁾

Si se ha dado en llamar a la persona quien recibe el óvulo y lo gesta, como madre sustituta o subrogada, analicemos entonces, así sea brevemente, lo referido a la subrogación, a efecto de determinar si tal denominación es jurídicamente correcta.

La Enciclopedia Jurídica Omeba, ni siquiera define a la subrogación como tal, sino en la voz: “pago con subrogación”, por la connotación del término: “...Esta institución jurídica, definida generalmente en forma muy amplia, como la sustitución de una persona en lugar de otra, y más concretamente como la sustitución jurídica de una persona a otra, con el fin de permitir a la primera ejercer en su interés personal todo o parte de los derechos que pertenecen a la segunda, no fue conocida en el derecho antiguo. El Derecho romano nunca empleó la palabra *subrogare* ellos decían *sucedere*, según Demolombe parece que el Derecho civil

¹⁵¹ Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro*. Consultado en Internet, bajo la clave: <http://info.juridicas.unam.mx/dirinfo/invest/duarte.htm>>

tomó la palabra subrogación en la acepción técnica que se le ha dado hoy, del Derecho canónico. La legislación española antigua contempló también el caso de quien paga por el deudor, imponiendo a éste la obligación de reembolsar a aquél lo que pagó. La doctrina francesa ha considerado la subrogación como una ficción jurídica, a consecuencia de la cual, según la cual un crédito pagado con dinero suministrado por un tercero y por consiguiente extinguido con relación al acreedor, se reputa subsistir con todos sus accesorios en provecho de este tercero, a fin de asegurar la eficacia de su recurso para el reembolso de los fondos que ha suministrado.”⁽¹⁵²⁾

Insistimos en que la finalidad de la subrogación en cuanto al cambio de una persona por otra, y más correctamente, en el cambio jurídico de una persona por otra, consiste en cambiar al acreedor por el nuevo que pagó el crédito, es decir es una relación crediticia, como lo corroboramos más adelante.

Nuestros tratadistas hacen referencia a la figura de la subrogación desde el punto de vista de transmisión de las obligaciones y hablan del cambio de un acreedor por otro y nunca de la posibilidad de sustitución de la persona para el objetivo de la reproducción humana en estudio.

¹⁵² Andrade Valderrama, Ignacio. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Op. Cit. Tomo XXI. p. 376.

Borja Soriano sostiene: “la palabra subrogación evoca la idea de una sustitución, sea de una cosa por otra, sea de una persona por otra. En el primer caso es real, en el segundo es personal.”⁽¹⁵³⁾

Gutiérrez y González por su parte establece: “El término ‘subrogación’ en cualquier caso, evoca la idea de una sustitución, la cual puede ser de una cosa por otra o de una persona por otra; y de esto resultan dos tipos diversos de subrogación: real y personal.”⁽¹⁵⁴⁾

José de Jesús López Monroy, en el Diccionario Jurídico Mexicano, manifiesta al respecto: “la obligación tiene elementos físicos relativos a su forma de expresión, elementos de contenido, relativos al objeto y sujetos de la obligación. la subrogación significa un cambio en el sujeto del crédito. En el primer caso estamos en presencia de una subrogación real y en el segundo de una personal.”⁽¹⁵⁵⁾

El Código Civil para el Distrito Federal hace referencia a la subrogación en la Segunda Parte del Libro Cuarto en el apartado referido a la Transmisión de las Obligaciones, es decir le da a la figura en cita un tratamiento de transmisión de

¹⁵³ Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Op. Cit. p. 588.

¹⁵⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Ed. Cajica, S.A. Puebla, México, 1981. p. 768.

¹⁵⁵ López Monroy, José de Jesús. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Ed. Porrúa, S.A. México, Distrito Federal, 1992. p. 3004.

obligaciones y concretamente del cambio de un acreedor por otro, al estipular en los artículos 2058, 2059 2060 y 2061, lo siguiente:

“Artículo 2058. La subrogación se verifica por ministerio de la ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados:

I. Cuando el que es acreedor paga a otro acreedor preferente;

II. Cuando el que paga tiene interés jurídico en el cumplimiento de la obligación;

III. Cuando un heredero paga con sus bienes propios alguna deuda de la herencia; y

IV. Cuando el que adquiere un inmueble paga a un acreedor que tiene sobre él un crédito hipotecario anterior a la adquisición.

“Artículo 2059. Cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestare con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que prestó sólo tendrá los derechos que exprese su respectivo contrato.

“Artículo 2060. No habrá subrogación parcial en deudas de solución indivisible.

“Artículo 2061. El pago de los subrogados en diversas porciones del mismo crédito, cuando no basten los bienes del deudor para cubrirlos todos, se hará a prorrata.”⁽¹⁵⁶⁾

Por todo ello consideramos que en nuestro País no serían aplicables los artículos antes indicados a quien pretendiera invocar esta figura de la subrogación para fines diversos a los señalados en materia de transmisión de obligaciones y concretamente a quien gestara por encargo.

Sin embargo tal encomienda de hecho -la de gestar a un embrión formado con el óvulo de la esposa y el espermatozoide del marido de ella- trae aparejada otra serie de aspectos jurídicos a considerar, así, por ejemplo, si la madre gestante se opone a entregar a la criatura ¿legalmente quién podrá reclamar los derechos maternos sobre la criatura la aportante de sus genes o aquella otra quien le permitió desarrollarse en su seno?

¹⁵⁶ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal, 1996.

El punto en discusión no es fácil de dilucidar, la propia doctrina va de un extremo a otro y algunos autores se inclinan a favor de considerar legalmente como la madre a quién entregó el óvulo fértil para conseguir su gestación por otra mujer, y otros, por el contrario, consideran a ésta última como la madre legal por haber sido quien le dió los fluidos y los nutrientes indispensables para vivir.

6.1.1. El tratamiento de la figura de la llamada madre subrogada en otras legislaciones.

En Estados Unidos, las legislaciones estatales donde ya se contempla y se regula esta figura, adoptan posiciones radicalmente diferentes respecto a considerar y a reconocer quien es la madre del menor. Tal contradicción es evidente en las legislaciones de los estados de Virginia y California.

En el Estado Norteamericano de California, se considera a la madre genética como la legal, de acuerdo a lo que estatuye el Apartado 7000 del Código Civil de ese Estado:

“Quien tenga la intención de procrear a un niño, esto es, quien tenga la intención de propiciar el nacimiento de un niño, al que ella tenga la

intención de criar como suyo, es la madre natural bajo la ley de California”.⁽¹⁵⁷⁾

La Suprema Corte de California, en ese sentido, dictó la Cuarta Regla con el caso Johnson Vs. Calvert la cual fue codificada en 1993 en el apartado 7003 del Código Civil de ese Estado; los hechos en este juicio fueron, en esencia, los siguientes: la Señora Calvert no podía tener hijos y convino con la Señora Johnson que a esta última se le implantara, para gestarlo, un embrión formado con su propio óvulo y semen de su esposo. Al término de la gestación, la Señora Johnson no entregó a la criatura y, previo juicio, La Suprema Corte de California, determinó la custodia de la criatura a favor de la madre genética, habiendo existido desacuerdos en la decisión, pues de nueve magistrados cinco votaron a favor y cuatro argumentaron en contra.

La mayoría consideró en primer lugar que “pero para” la madre genética no tendría un niño; segundo, la Corte tomó en cuenta la intención y argumentó en el sentido de la concepción mental de un niño como factor determinante para su creación y quien origina ese concepto tiene el crédito total de la concepción. En tercer lugar tomó en cuenta el principio “expectativas de un convenio” y basó su conclusión en el significado de la disposición e intención de la madre genética. De

¹⁵⁷ Código Civil de California, Estados Unidos de América (CAL. CIVIL CODE § 7000 (Deering 1993). Localizado en internet con la clave: http://www.leginfo.ca.gov/html/ccp_table_of_contents.html.

acuerdo con la Corte, la voluntad deliberada, expresa y convenida, debe determinar la parentalidad legal. En el cuarto argumento, la Corte sostuvo como prioridad la atención al interés del niño sobre el deseo de la madre y además que los padres de intención a propósito escogieron tener un niño y recorrieron distancias sin medida para lograr su meta de tenerlo. La Corte encontró como finalidad de las partes el traer un niño al mundo para los Calvert, no la donación de los Calvert de un cigoto a la madre subrogada y no encontró razón para que el cambio de actitud de la madre subrogada viciara la determinación de ser la Señora Calvert la madre natural del niño. ⁽¹⁵⁸⁾

Los magistrados en desacuerdo en este caso tenían, a su vez, cuatro argumentos en contra de los de la mayoría. Primero, los disidentes sentían la contribución de la madre gestante como “indispensable y no podía ser soslayada o pasada por alto”. Segundo, los disidentes argumentaron que el deseo o intento de la madre genética no debería ser usado como factor determinante, porque ni la prueba causal de “pero para” ni la prueba causal de “factor sustancial” apoyaban esa conclusión. Los disidentes aseveraron que la intención de una mujer no debe ser puesta sobre la intención de otra, pues ambas, la madre genética y la madre gestante son indispensables para el nacimiento de un niño. Tercero, los disidentes argumentaron además la no apropiación de los niños, como las canciones o los

¹⁵⁸ Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84, 851 P.2d 776, 19 Cal. Rptr. 2d 494 (1993). Consultado en Internet con la clave: <http://www.netlawlibraries.com/CASES/CC4/5/60050150.HTM>.

inventos y que los derechos de los niños no pueden ser vendidos por consideraciones o puestos a la disposición o disponibilidad del público en general gratuitamente. Cuarto, los disidentes hicieron valer que un concepto fundamental de la personalidad es precisamente no considerar a los niños como propiedad. Por lo tanto, los disidentes en el caso Johnson Vs. Calvert favorecieron a la madre subrogada como la madre legal del niño. ⁽¹⁵⁹⁾

En el Estado Norteamericano de Virginia, por el contrario, la madre legal será la gestante, tal y como se establece en la Sección 64.1-7.1 del Código Civil de ese Estado:

“Un niño, nacido de una madre subrogada con el consentimiento de su marido, aún si la mujer fue implantada con un esperma u óvulo, es considerado legítimo natural de la madre subrogada y de su marido. El donador del esperma o del óvulo no tendrá ningún derecho ni obligación parental con este niño”.⁽¹⁶⁰⁾

Como puede apreciarse, en un mismo país la posición va de un extremo al otro y mientras en California se considera legalmente como madre a la genética, a

¹⁵⁹ Idem. Consultado en Internet con la clave:
<http://www.netlawlibraries.com/CASES/CC4/5/60050150.HTM>.

¹⁶⁰ Consultado en internet bajo la clave: <http://leg1.state.va.us/cgi-in/legp504.exe?000+cod+20-165>.

la aportante del gameto, en Virginia, por el contrario, la madre legal lo será la gestante.

Pero este criterio de considerar a la gestante como la madre con todos los derechos que ello implica, ya ha sido rebatido por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Soos Vs. Superior Court County of Maricopa* 897 P.2d 1356 (Ariz. App. Div. 1 1994), en el cual se ventiló la constitucionalidad del apartado A.R.S. §25-218 del Código Civil del Estado de Arizona, el cual estatuye:

“A.R.S. §25-218: A.- Ninguna persona podrá inducir, arreglar, procurar o de alguna manera asistir en la celebración de un contrato de parentesco subrogado. B.- La madre subrogada es la madre legal de un niño nacido como resultado de un contrato de parentesco subrogado y está facultada para custodiar a ese niño. C.- Si la madre de un niño nacido como resultado de un contrato de parentesco subrogado es casada, se presumirá que su esposo es el padre legal del niño. Esta presunción es rebatible.”⁽¹⁶¹⁾

En este caso, Ronald Soos y su esposa Pamela acordaron con Debra Ballas la implantación a ésta última de un embrión resultante de fecundar un óvulo de la Sra. Soos con el esperma de su esposo Ronald para gestarlo y

¹⁶¹ The Soos Case: Who Gets the Mother's Day Card? Kelly Pearce, Judge To Decide On Triplets' Custody; Section of State Law on Surrogacy Ruled Unconstitutional, Ariz. Rep., January 4, 1994, at A8.

entregarles al nacimiento a la criatura; como consecuencia de dicho implante, Debra resultó embarazada y en Septiembre de 1993 dió luz a trillizos. En el lapso transcurrido entre la implantación y el nacimiento Ronald y Pamela Soos se habían separado.

Ronald Soos invocó el último párrafo del artículo antes transcrito ante la Corte Superior de Maricopa y ésta lo reconoció como padre natural de los trillizos y le otorgó la custodia de los mismos.

La madre genética atacó la constitucionalidad de la sección A.R.S. §25-218 del Código Civil y la inequidad para ella respecto del hecho de que el padre genético pudiese demostrar su parentesco y a ella sin embargo se le negaba ese derecho.

La Suprema Corte resolvió a favor de la madre genética y determinó la inconstitucionalidad del apartado atacado en razón de la Cláusula de Protección para todos los ciudadanos establecida en la Constitución de aquél país la cual impide a las legislaturas dar diferente tratamiento a las personas en razón de criterios de sexo, raza, edad u otros criterios subjetivos, considerando además que la sección atacada efectivamente negaba a la mujer la posibilidad de probar

también su maternidad natural, derecho si concedido al hombre razón por la cual era discriminante y determinó su inaplicabilidad en lo general en el futuro. ⁽¹⁶²⁾

Hasta aquí el panorama de la legislación de tres estados de los Estados Unidos, en donde, como podemos ver, empieza a darse una tendencia a proteger a la madre natural o genética por sobre la gestante, aún cuando priva el criterio de no autorizar este tipo de convenciones a efecto de no convertir al ser humano en objeto de comercialización.

En Inglaterra, en 1990, se presentó una propuesta de Ley para regular la Fertilización y la embriología Humana, la cual establecía:

“La mujer que ha gestado a un niño como resultado de colocar en ella un embrión o espermias y óvulos y no otra mujer, será tratada como la madre del niño.” ⁽¹⁶³⁾

¹⁶² La Corte tomó en cuenta para arribar a su determinación los siguientes precedentes: *Carey v. Population Ser. Int'l*, 431 U.S. 678, 687, 97 S.Ct. 2010, 2017, 52 L.Ed.2d 675 (1977); *Stewart v. Maricopa County Superior Court*, 163 Ariz. 227, 787 P.2d 126 (1989); *Doe v. Attorney Gen.*, 194 Mich. App. 432, 487 N.W.2d 484, 486 (1992). 'Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race.' *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541, 62 S.Ct. 1110, 1113, 86 L.Ed. 1655 (1942). A parent's right to the custody and control of one's child is a fundamental interest guaranteed by the United States and Arizona Constitutions. *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645, 651, 92 S.Ct. 1208, 1212-13, 31 L.Ed.2d 551 (1972); *Cochise County Juvenile Action No. 5666-J*, 133 Ariz. 157, 161, 650 P.2d 459, 463 (1982). *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 463-64, 92 S.Ct. 1029, 1043, 31 L.Ed.2d 349 (1972) (White, J., concurring); see *Bryant* 156 Ariz. at 196, 751 P.2d at 512 (citation omitted)." Consultado en Internet con la clave: <http://www.findlaw.com/scripts/search.pl?CiRestriction>.

¹⁶³ Human Fertilization and Embryology Bill proposed in front of the House of Commons. LAW SOCIETY GAZETTE (London), Apr. 11, 1990 at 4.

Es decir, concedía los derechos de la criatura a la madre subrogada, sustituta o gestante sobre la genética, habiendo tenido esta iniciativa tantas críticas que hubo necesidad de hacerle modificaciones y se le adicionó un capítulo denominado “Disposiciones parentales en favor de los donantes de gametos” en el cual ahora se establece:

“La Corte puede dictar una disposición proveyendo que un niño sea tratado por ley como el hijo de las partes de un matrimonio -referidos en esta sección como ‘el marido’ y ‘la esposa’- sí:

a).- El niño ha sido gestado por una mujer distinta a la esposa como resultado de colocar en aquella un embrión o espermias y óvulos o su inseminación artificial.

b).- Los gametos del marido o de la esposa o de ambos fueron usados para llevar a cabo la creación del embrión.”⁽¹⁶⁴⁾

Esta nueva definición de madre legal permitió a la madre genética tener los derechos sobre la criatura y estar en posibilidades de reconocer al menor como hijo sin necesidad de recurrir a la adopción como lo pretendía la legislación enmendada.

¹⁶⁴ Idem.

En Israel, en donde la infertilidad es un problema de indole incluso religioso puesto que el Torah -las leyes escritas por Dios y dadas por Moisés a los judíos-, establece: "Dios dispuso que el hombre diera frutos, se multiplicara y poblara la tierra."¹⁶⁵)

Encontramos en este País tratadistas quienes consideran a la madre genética como la legal y, por el contrario, quienes dan a la subrogada o sustituta dicha categoría. Los primeros sostienen que desde el momento de la concepción el feto es considerado como un ser humano incipiente. Arguyen la adquisición de identidad y parentesco por el cigoto desde ese momento. Este argumento es respaldado con el aserto de "vida en potencia" representada por el feto antes de los cuarenta días la cual se encuentra por encima del nivel de "mero tejido". Por tanto, si antes de los cuarenta días un embrión es una vida, ello significa la adquisición de parentesco y éste se da con la madre genética. Avalan este pensamiento con la consideración de que si un huevo de una madre judía es colocado en una madre no-judía, el niño será considerado judío, pero si una madre judía da a luz a un niño proveniente de una madre no-judía, no será considerado judío y deberá ser convertido. (¹⁶⁶)

¹⁶⁵ Mordechai Halperin, M.D. *In-Vitro Fertilization, Embryo Transfer and Embryo Freezing, in an International Colloquium On Medicine, Ethics & Jewish Law* M. Halperin, M.D. Ed., 1993.

¹⁶⁶ Idem.

Por el contrario, quienes consideran a la gestante como la madre legal establecen tres aspectos en favor de tal argumentación; en primer lugar manifiestan que un órgano transplantado se considera parte integrante del cuerpo de quien lo recibe; así, quien reciba un transplante de ovario será considerada la madre de cualquier niño concebido posteriormente, por tanto, sostienen, quien recibe el implante de un óvulo debe ser considerada la madre del niño. El órgano transplantado adquiere la identidad de quien lo recibe, por ende, el feto implantado en la madre subrogada adquiere también la identidad de la receptora.

El siguiente argumento es en el sentido de que siendo la madre quien nutre y da substancia al embrión, es entonces el pariente femenino quien determina la especie de la descendencia y si es la madre subrogada quien nutre y substancia durante la gestación, ella deberá ser la madre legal del niño.

El tercer argumento establece que antes de los cuarenta días un embrión es “solo agua” por tanto, un feto implantado en una madre subrogada antes de los cuarenta días no ha adquirido parentesco pues la maternidad no la determina sólo lo genético aún cuando ello es la base para determinar la paternidad. Consideran que un huevo fertilizado en un vaso no puede determinarse por si solo viable, sino hasta su implante en la madre subrogada y es cuando el huevo adquiere el parentesco.

Desde el punto de vista de la legislación se han realizado en Israel estudios en el sentido de a cual de las dos madres se considerará como la legal para la eventualidad de presentarse este conflicto y se ha concluido que ambas podrían tener ese derecho pues la ley judía no tiene una historia de legislación de reglas acerca del hecho de quien es la madre en la maternidad subrogada porque ésta es aún muy reciente.

En Chile el Código Civil, en sus artículos 182, 198, 199, 201 y 202, hace referencia a la filiación del hijo que nace mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida así como a las pruebas biológicas y la posesión de estado de hijo de matrimonio.

“Art. 182. El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.”⁽¹⁶⁷⁾

¹⁶⁷ Código Civil de Chile. Consultado en Internet bajo la clave:
<http://209.130.77.85/legislacion/civil/CCLibro 1 Titulo 1.htm>

Como vemos, este artículo imputa la filiación al hombre y a la mujer que se sometieron a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida, con lo cual tendrá como legal a la madre gestante.

“Art. 198. En los juicios sobre determinación de la filiación, la maternidad y la paternidad podrán establecerse mediante toda clase de pruebas, decretadas de oficio o a petición de parte. No obstante, para estos efectos será insuficiente por sí sola la prueba testimonial, y se aplicarán a la de presunciones los requisitos del artículo 1712.”⁽¹⁶⁸⁾

La legislación chilena habla ya de admitir toda clase de pruebas e incluso da al juez la facultad de decretarlas de oficio, estableciendo la insuficiencia de la testimonial para el fin de determinar la filiación.

“Art. 199. Las pruebas periciales de carácter biológico se practicarán por el Servicio Médico Legal o por laboratorios idóneos para ello, designados por el juez. Las partes siempre, y por una sola vez, tendrán derecho a solicitar un nuevo informe pericial biológico. La negativa injustificada de una de las partes a someterse a peritaje biológico configura una presunción grave en su contra, que el juez apreciará en los términos del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil.”⁽¹⁶⁹⁾

¹⁶⁸ Código Civil de Chile Idem

¹⁶⁹ Código Civil de Chile. Ibidem

Se establece también la presunción grave en contra de alguno de los presuntos progenitores para la eventualidad de negarse injustificadamente a someterse a peritaje biológico.

“Art. 201. La posesión notoria del estado civil de hijo, debidamente acreditada, preferirá a las pruebas periciales de carácter biológico en caso de que haya contradicción entre una y otras. Sin embargo, si hubiese graves razones que demuestren la inconveniencia para el hijo de aplicar la regla anterior, prevalecerán las pruebas de carácter biológico.”⁽¹⁷⁰⁾

En Chile priva la posesión de estado de hijo de matrimonio por sobre las pruebas de carácter biológico, para el caso de que haya contradicción entre una y otra pero tendrán preeminencia éstas últimas si son benéficas al hijo. Es decir, se atiende de manera primordial al interés del menor.

La legislación civil chilena contemplando la problemática derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida ha regulado con oportunidad a quien asistirá en caso de contradicción de paternidad o maternidad y lo será a

¹⁷⁰ Código Civil de Chile. *Ibidem*

quienes se hayan sometido a las técnicas independientemente de quien aporte la célula germinal.

En nuestro país, el Código Civil del Estado de Tabasco, contempla la filiación cuando participa una segunda mujer, en el proceso reproductivo, determinando que se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo y deja muy claramente establecido que cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste considerado hijo legítimo de la mujer que contrató. Tal artículo es del tenor siguiente:

“Artículo 347.- Respecto al padre.-

Respecto al padre, la filiación se establece por el conocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad, pero en el caso de concubinato se podrá justificar la filiación respecto del padre en el mismo juicio de intestado o alimentos y será suficiente probar los hechos a que se refieren los artículos 340 y 372, tanto en vida de los padres como después de su muerte. Esta acción es imprescriptible y transmisible por herencia. Sin embargo como una excepción a esta presunción, cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de

embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.”⁽¹⁷¹⁾

A su vez, el diverso artículo 360 del mismo ordenamiento estatal, autoriza la posibilidad de registro del hijo de una mujer casada por hombre distinto del marido, cuando se trate de un contrato de maternidad sustituta.

“Artículo 360.- Situación de maternidad sustituta.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando esté lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo.”⁽¹⁷²⁾

El Código Civil del Estado de Tabasco permite la participación de una segunda mujer en el proceso reproductivo, es decir, la aportación de óvulos para fecundar a otra que lo requiera; contempla esa figura -la maternidad sustituta- como un contrato.

El citado código considera como madre legal a la contratante y al hijo como legítimo suyo y, además, autoriza la posibilidad de registro del hijo de una

¹⁷¹ Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco. Ed. Anaya Editores, S.A. México, Distrito Federal. 1998.

¹⁷² Idem.

mujer casada por hombre distinto del marido, cuando se trate de un contrato de maternidad sustituta.

Como vemos, este Código Civil es innovador en lo referido a cuestiones de filiación y, particularmente, en regular las relaciones entre los participantes de estas nuevas técnicas de asistencia en la reproducción humana.

6.1.1.1. La filiación en el Código Civil del Distrito Federal cuando intervienen dos mujeres en la reproducción del nuevo ser.

En el Distrito Federal, para dilucidar la cuestión respecto a quien será considerada la madre legal, cuando participan dos mujeres en la reproducción, debemos atender a los plazos, reglas y presunciones señaladas en el Código Civil para esta circunscripción territorial -dichas presunciones, como vimos en el capítulo referido al análisis comparativo de diversas legislaciones, son universales en nuestra familia jurídica, con el ánimo de proteger al hijo de matrimonio se establecieron a su favor- el cual regula la filiación con respecto a la madre dependiendo de si ésta es casada, soltera o conviviente en concubinato. El aspecto fundamental a resolver será que vínculo es más fuerte para la ley, si el formal o registral, el cual implica la certeza del nacimiento a favor de una de ellas o el biológico, el lazo de sangre, sin haber dado a luz a la criatura, al dilucidar ese

aspecto, habremos resuelto en gran medida la controversia en el sentido de a quien asistirá el derecho en la controversia suscitada cuando una mujer le pida a otra, su apoyo a efecto de que se le implante un embrión producto de fecundar su propio óvulo con el espermatozoide de su esposo, con la finalidad de llevar a término el embarazo y, llegado el alumbramiento, recibir a ese nuevo ser formado por aquélla a quien llamamos la madre gestante y quien en ese momento por cualquier razón se niega a hacer entrega del neonato a su madre genética y no sólo eso, además lo registra como hijo suyo por haberlo dado, efectivamente, a luz.

Es importante tal determinación pues en la Ciudad de México, pese a las reticencias a proporcionar información en las clínicas y hospitales en donde se aplican las técnicas de asistencia en la reproducción, logramos indagar que se practican aproximadamente diez implantes anuales de embriones fecundados *in vitro* con el semen del esposo y el óvulo de la esposa y transferidos a la matriz de una tercera a efecto de que ésta lo gesté y lo entregue a la pareja al momento del nacimiento.

Veamos entonces el criterio que adoptará nuestra legislación en caso de controversia, no sin antes hacer mención a los tipos de parentesco reconocidos en nuestro Código, considerando, como lo habíamos asentado antes a la filiación como la relación existente entre dos personas de las cuales una es el padre o a madre de

la otra y esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados.

“Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, afinidad y el civil.”⁽¹⁷³⁾

Si la ley no reconoce más parentesco que el de consanguinidad, afinidad y el civil es importante dilucidar que tipo de parentesco se establece entre la madre gestante y la criatura atendiendo a la definición dada por la propia legislación civil en los artículos 293, 294 y 295, a saber:

“Artículo 293.- El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor.

“Artículo 294.- El parentesco de afinidad es el que se contrae por el matrimonio, entre el varón y los parientes de la mujer, y entre la mujer y los parientes del varón.

“Artículo 295.- El parentesco civil es el que nace de la adopción y sólo existe entre el adoptante y el adoptado.”⁽¹⁷⁴⁾

¹⁷³ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

¹⁷⁴ Idem.

En este caso no hablamos de parentesco consanguíneo, por no existir ese vínculo, no es afín y no es tampoco adoptivo, aclarando que somos contrarios a la corriente que pretende la adopción del recién nacido por parte de alguno de los involucrados, quien no haya aportado célula germinal; a nuestro juicio es necesario determinar con quien se establece la relación, quien tiene derecho a ella y si no hay legislación aplicable al caso, proponer la reforma al efecto.

6.1.1.2. La Filiación respecto de la mujer casada que auxilia en la gestación, cuando no existe desacuerdo entre las partes.

La problemática a resolver en este supuesto, implica la intervención de varias personas para conseguir el nacimiento de un ser humano; por una parte la pareja aportante del óvulo ya fecundado y por la otra la persona a quien se le implanta y que lo va a gestar, la cual es una mujer unida en matrimonio, con otra persona quien no tiene mayor intervención.

Debemos atender de manera primordial al hecho del nacimiento del menor y su posterior registro, pues en ese momento se presenta el fraude a la ley en el que incurrir tanto quien da a luz por encargo, como los solicitantes del servicio; es decir, éstos últimos proceden a registrar al menor como suyo propio, como nacido de la pareja que tan solo entregó el embrión y encargó la gestación; todo ello de acuerdo con el hospital donde se llevó a cabo el parto, ya que obtienen una

constancia de alumbramiento a favor de la madre genética, cuando en realidad, ella no dió a luz a la criatura y en contravención a disposición legal pues debemos tener presente la obligación de declarar un nacimiento -establecida en el Artículo 55 del Código Civil- a cargo de los padres, abuelos paternos o maternos, de los médicos cirujanos o matronas, que hubieren asistido al parto, del jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna, así como del director o de la persona encargada de la administración, si el nacimiento tuvo lugar en un sanatorio particular o del Estado:

“Artículo 55. Tienen obligación de declarar el nacimiento, el padre y la madre o cualquiera de ellos, a falta de éstos, los abuelos paternos y, en su defecto, los maternos, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que ocurrió aquél.

“Los médicos cirujanos o matronas que hubieren asistido al parto, tienen obligación de dar aviso del nacimiento al juez del Registro Civil, dentro de las veinticuatro horas siguientes. La misma obligación tiene el jefe de familia en cuya casa haya tenido lugar el alumbramiento, si éste ocurrió fuera de la casa paterna.

“Si el nacimiento tuviere lugar en un sanatorio particular o del Estado, la obligación a que se refiere el párrafo anterior, estar a cargo del director o de la persona encargada de la administración.

“Recibido el aviso, el juez del Registro Civil tomará las medidas legales que sean necesarias a fin de que se levante el acta de nacimiento conforme a las disposiciones relativas.”⁽¹⁷⁵⁾

Esa obligación de declarar el nacimiento de un menor, ha considerado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva implícita la facultad de manifestar quien fue la madre del recién nacido:

“PENSIONES, PRUEBA DEL PARENTESCO PARA DERECHO A. EL ACTA DE NACIMIENTO LEVANTADA A PETICION DEL JEFE DE LA CASA EN QUE SE EFECTÚA EL ALUMBRAMIENTO, ES PRUEBA LEGAL DEL NACIMIENTO.

TEXTO: Para acreditar que se tiene derecho a una pensión, se prueba legalmente la filiación con la copia certificada del acta de nacimiento que se levanta a petición del jefe de la casa en que tiene lugar el alumbramiento, en virtud de que el artículo 55 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales le hace extensiva la obligación de declarar el nacimiento, atribuyéndole la facultad del padre o de la madre; por lo que no está arreglado a derecho sostener que esa persona necesita poder para declararlo.”⁽¹⁷⁶⁾

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Instancia: Segunda Sala. Publicación: Semanario Judicial de la Federación, 6a. Epoca, Volumen CXXVIII, Tercera Parte. p. 58. Revisión fiscal 688/65.- María Cristina Claudia Bonilla Arriaga.- 19 de febrero de 1968.- Cinco votos.- Ponente: José, Rivera Pérez Campos. Instancia: Segunda Sala. Publicación: Semanario Judicial de la Federación, 6a. Epoca, Vol. CXXVIII, Tercera Parte. p. 58.

Como se aprecia, las personas a quienes les consta un nacimiento, tienen la obligación de hacerlo del conocimiento del Juez del Registro Civil quien deberá tomar las medidas necesarias a fin de levantar el acta de nacimiento, conforme a la legislación aplicable, investigar quien le dió a luz y registrar a esa mujer como la madre del menor; no le está permitido a este funcionario asentar que la madre gestante dió a luz a un menor y registrar a éste como hijo de matrimonio de los aportantes del embrión, pues, por otra parte, el Artículo 63 del Código Civil le prohíbe expresamente asentar como padre a otro hombre distinto al marido -en este caso de la madre gestante- salvo el desconocimiento expreso hecho por éste y la existencia de sentencia ejecutoria declarándolo de esta manera, por ende, solo el marido de la madre gestante podrá aparecer como padre del menor y el Artículo 374 del mismo ordenamiento legal prohíbe incluso el reconocimiento por hombre distinto del marido; veamos ambos numerales:

“Artículo 63.- Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con 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.

“Artículo 374.- El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya

desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.”⁽¹⁷⁷⁾

Este impedimento es claro para el Oficial del Registro Civil, bajo pena de destitución para la eventualidad de asentar a otro que no sea el mismo marido como padre:

“Artículo 46.- La falsificación de las actas y la inserción en ellas de circunstancias o declaraciones prohibidas por la ley, causarán la destitución del juez del Registro Civil, sin perjuicio de las penas que la ley señale para el delito de falsedad, y de la indemnización de daños y perjuicios”.⁽¹⁷⁸⁾

Por ello, administrativamente, en los juzgados del registro civil, se exige la constancia del nacimiento del menor precisamente de la mujer que lo lleva a registrar como su hijo y no de otra distinta.

Como podemos apreciar, la legislación civil, en primer lugar obliga a quienes sepan de un nacimiento a declararlo y a manifestar quien es la madre del recién nacido, además prohíbe al juez del Registro Civil asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, bajo pena de destitución del cargo, razones por las cuales no será posible registrar de manera legal a un menor nacido de una mujer

¹⁷⁷ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

¹⁷⁸ *Idem.*

casada como hijo de madre diversa, aún invocando la maternidad puramente genética. Todo ello aún cuando entre las partes exista la voluntad tanto por parte de la gestante de hacer entrega del menor a su madre genética como de ésta de recibirlo. Esas prohibiciones legales son insalvables por el momento y nos llevan a concluir que tanto la madre genética como la gestante que se apoyan -y nunca entran en desacuerdo- para conseguir el nacimiento de un nuevo ser, obran en contra de disposiciones legales, cuando consiguen el registro del menor como hijo de los aportantes del embrión cuando fue otra mujer la que realmente le dió a luz, razón por la cual su actuar es ilícito, con todas las consecuencias inherentes a ello.

Desde el punto de vista de la legislación penal, aún cuando no consideramos que los padres biológicos incurran en un delito contra el estado civil de las personas pues realmente -genéticamente- son los padres del menor, es distinta la situación de la gestante que no acude a asentar a su hijo al Registro Civil, ya que su conducta si podría encuadrar en la Fracción III del Artículo 277 del Código Penal:

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

I.- Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre;

II.- Hacer registrar en las oficinas del estado civil un nacimiento no verificado;

III.- A los padres que no presenten a un hijo suyo al Registro con el propósito de hacerle perder su estado civil, o que declaren falsamente su fallecimiento, o lo presenten ocultando sus nombres o suponiendo que los padres son otras personas;

IV.- A los que substituyan a un niño por otro, o cometan ocultación de infante, y

V.- Al que usurpe el estado civil de otro con el fin de adquirir derechos de familia que no le corresponden.”⁽¹⁷⁹⁾

Todo ello merced a privilegiarse en nuestra legislación el hecho del parto, y quien no registre a un menor al cual le dio a luz, y entregarlo para su inscripción en el registro civil por parte de otra pareja podría incurrir en el supuesto mencionado.

Lo anterior, considerando la conformidad entre las partes. La situación se complica más cuando no existe acuerdo entre ellas, cuestión que analizaremos enseguida.

¹⁷⁹ Código Penal. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal, 1997.

6.1.1.3. La filiación respecto de la mujer casada auxiliar en la gestación, cuando existe desacuerdo entre las partes.

Para la eventualidad de existir inconformidad de la gestante en hacer entrega del neonato, es necesario hacer un análisis de nuestra legislación civil en el Distrito Federal, respecto de los derechos que asisten a cada una de las participantes en la reproducción.

Tenemos, decíamos, dos madres: la genética y la gestante; la primera pidió a esta última llevar a cabo la formación del nuevo ser, sobrellevar el embarazo, dar a luz y entregarle al neonato, a su hijo genético. Sin embargo se da el caso, la gestante decide quedarse con el menor. Aquí surge la primera gran interrogante ¿qué obligará a la persona gestante a entregar a la criatura a la madre genética quien le confió solamente la gestación? una figura utilizada repetidamente en nuestro país, como lo hemos probado con la investigación de campo contenida en el presente estudio realizada tanto en clínicas públicas como privadas en las cuales se utilizan las técnicas de asistencia para lograr la reproducción sin que exista certeza jurídica para ninguna de las partes involucradas.

Permitásenos plantear además si puede considerarse como un contrato el acuerdo de voluntades externado para la implantación del óvulo fecundado en el

útero de una persona extraña a la pareja, el cuidado durante la gestación del nuevo ser, el alumbramiento del mismo y su entrega posterior a la madre genética por parte de quien denominamos como la madre gestante. A dicha interrogante damos respuesta en sentido negativo.

Explicemos. El Artículo 1794 del Código Civil para la existencia de un contrato exige taxativamente dos elementos, a saber:

“Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento; y

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.”⁽¹⁸⁰⁾

Analicemos si se dan los elementos para la existencia de un contrato en un acuerdo tendiente a lograr el implante del óvulo fecundado en el útero de una persona extraña a la pareja y que el producto sea entregado a la persona aportante del mismo.

Desde luego el consentimiento, entendido como el acuerdo de dos o más voluntades tendientes a un mismo fin, puede otorgarse para colocar el óvulo fecundado en el útero de la tercera ajena a la pareja, cuidar al nuevo ser durante su gestación y, con posterioridad al alumbramiento, hacer entrega a la madre

¹⁸⁰ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

genética del neonato, pero, de acuerdo al numeral citado, el solo acuerdo de voluntades no da lugar a un contrato, se requiere además la cosa que será objeto del mismo.

Respecto del objeto del contrato nos dice Rojina Villegas: “En los actos jurídicos debemos distinguir un objeto directo y en ocasiones un objeto indirecto. El objeto directo consiste en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos u obligaciones (...) el indirecto consistente en la cosa o en el hecho materia del convenio”⁽¹⁸¹⁾

El objeto directo del contrato se está dando al tiempo que quienes convienen crean entre ellas la obligación, para una de las partes, de gestar al nuevo ser y el derecho de la otra para recibirlo una vez nacido, el derecho para la primera de ver retribuido su esfuerzo y la obligación para la segunda de aportar un beneficio a la gestante. Desde luego, dicha convención no siempre traerá aparejada la retribución económica, puede darse de manera gratuita.

El Artículo 1824 del propio Código Civil nos dice en que consiste el objeto indirecto de los contratos:

¹⁸¹ Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Op. Cit. p. 120.

“Artículo 1824.- Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.”⁽¹⁸²⁾

Pero ese objeto indirecto de los contratos debe, a su vez, cubrir ciertos requisitos para ser considerado como tal, los cuales son enumerados por el Artículo 1825 del propio Código al establecer:

“Artículo 1825. La cosa objeto del contrato debe:

1o. Existir en la naturaleza.

2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3o. Estar en el comercio.”⁽¹⁸³⁾

Analicemos cada uno de estos aspectos. Consideramos que el primero -existir en la naturaleza- está cubierto desde la fertilización, pues el óvulo fecundado implica la concepción del nuevo ser, así sea en forma embrionaria, existe en la naturaleza, jurídicamente está ya bajo la protección de la ley y más

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Ibidem.

aún, se le tiene por nacido de acuerdo a lo previsto tanto en el Artículo 22 del Código Civil como por la fracción IV del Artículo 314 de la Ley General de Salud que lo conceptúa precisamente como a un ser humano ya concebido:

“Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.”⁽¹⁸⁴⁾

“Artículo 314.- Para efectos de este título, se entiende:

‘...’

IV.- preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;⁽¹⁸⁵⁾

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ley General de Salud. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997.

En cuanto al segundo requisito -determinado o determinable en cuanto a su especie- tampoco existe, consideramos, problema pues la persona humana, una vez concebida revestirá ya su propia individualidad, estará determinada por sí misma, cada ser humano es único e irrepetible.

Tenemos, de esta manera, cubiertos dos de los tres requisitos. Pero no es posible superar el tercero, la exigencia de la ley de que el objeto materia del contrato esté en el comercio, por la imposibilidad ética, moral y jurídica de considerar al ser humano como materia comercial. Asevera Joel Chirino: "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente. Están fuera del comercio por disposición de la ley todos aquellos bienes cuya limitación jurídica se encuentra reglamentada en diferentes leyes, como es el caso de la codificación penal que sanciona como ilícito el comercio de la persona humana."⁽¹⁸⁶⁾ En efecto, esta necesidad de requerir la estadia del objeto en el comercio se dió inicialmente para imposibilitar la venta de los bienes que por su naturaleza o por disposición de la ley no pueden ser poseídos por algún individuo exclusivamente o aquéllos a los cuales la ley declara irreductibles a propiedad particular referidos en los diversos numerales 747, 748 y 749 del propio Código Civil, los cuales establecen:

¹⁸⁶ Chirino Castillo, Joel. *Derecho Civil III. Contratos Civiles*. Ed. McGraw-Hill Interamericana de México, S.A. de C.V. México, Distrito Federal, 1996. p. 36.

“Artículo 747. Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio.

“Artículo 748. Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley.

“Artículo 749. Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular.”⁽¹⁸⁷⁾

Desde luego, ello imposibilita pretender exigir el cumplimiento forzoso ante los tribunales del acuerdo de voluntades al que habían arribado ambas mujeres y la aportante del óvulo y, por ende, de los cromosomas del nuevo ser, se queda sin óvulo, sin hijo y sin la asistencia de los tribunales. Pero, a fuerza de ser justos con el legislador, hasta hace muy poco tiempo era prácticamente imposible considerar siquiera la posibilidad de gestación en un vientre distinto del óvulo de la madre genética, lo cual actualmente es una realidad; dicha práctica se da de manera subterránea y sin ninguna protección para ninguna de las participantes en el acuerdo, para la aportante del óvulo principalmente, pero no sólo para ella, si a la gestante no se le cumple con darle o cubrirle aquello a lo cual la madre genética se

¹⁸⁷ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

había comprometido, o más aún, negarse a recibir al neonato porque no cubra las expectativas de color de piel, de ojos, de tamaño, salud, apariencia, peso. etc., tampoco tendrá la gestante acción para exigir el cumplimiento forzoso de quien incumple.

Podemos entonces concluir que el acuerdo de voluntades externado para el implante del óvulo en el útero de una persona extraña a la pareja, el cuidado durante la gestación del nuevo ser, el alumbramiento del mismo y el compromiso de su entrega a la madre genética, no reviste la categoría de contrato y deberemos estar a las reglas que para establecer la filiación fija nuestro Código Civil y, en el caso de la mujer casada que facilita su cuerpo para permitir la gestación de un embrión ajeno genéticamente a ella cuando exista desacuerdo entre los participantes, la filiación se establecerá presuntivamente a favor de la mujer casada que dió a luz al niño por disposición de la ley:

“Artículo 324.- Se presumen hijos de los cónyuges:

- I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;
- II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará

en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”⁽¹⁸⁸⁾

Tendrá además, quien le dio a luz la prueba documental exigida por el Artículo 340 del Código Civil, tanto su acta de matrimonio como la partida de nacimiento del menor registrado a su nombre:

“Artículo 340.- 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.”⁽¹⁸⁹⁾

La madre genética no tendrá derechos sobre él pues la mujer casada que da a luz a un menor y lo lleva a asentar como hijo de su matrimonio así lo será formalmente, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 39 del Código Civil:

“Artículo 39. El estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la Ley.”⁽¹⁹⁰⁾

Dicha relación filial no puede ser materia de transacción ni compromiso en árbitros, lo cual imposibilita algún acuerdo al respecto:

¹⁸⁸ Idem.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ Ibidem.

“Artículo 338.- No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.”⁽¹⁹¹⁾

Mencionamos anteriormente las modalidades o criterios para determinar la relación filial de los hijos de matrimonio adoptadas por nuestro Código Civil, siendo éstos el biológico o genético, el formal o registral y el social; estará entonces cubierto el aspecto formal, es decir, la mujer casada que dio a luz al menor y lo llevó a asentar como hijo de su matrimonio, será la madre de manera formal pues ella dió a luz a ese niño.

Pero la madre genética tendrá acción, con fundamento en el Artículo 50 de la propia compilación legal para combatir el contenido de esa acta, mismo que a la letra establece:

“Artículo 50.- Las actas del Registro Civil extendidas conforme a las disposiciones que preceden, hacen prueba plena en todo lo que el juez del Registro Civil, en el desempeño de sus funciones, da testimonio de haber pasado en su presencia, sin perjuicio de que el acta pueda ser redargüida de falsa. Las declaraciones de los comparecientes, hechas en cumplimiento de lo mandado por la Ley, hacen fe hasta que se pruebe lo contrario. Lo que sea extraño al acta no tiene valor alguno.”⁽¹⁹²⁾

¹⁹¹ Ibidem.

¹⁹² Ibidem.

Es decir, tanto el hecho de haber nacido el menor después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo, como el de haber registrado la mujer casada al menor como hijo de matrimonio tienen la presunción *Iuris tantum* de ser verdad a menos que se demuestre lo contrario. Al demandar la madre genética la cancelación del acta de nacimiento invocando haber sido ella quien proporcionó la célula gracias a la cual se obtuvo el embrión y se formó el ser al cual dió a luz la madre sustituta, proponiendo al mismo tiempo la realización de las pruebas de identificación científica de parentesco, la de identificación de personas mediante la huella digital del ADN, la de histocompatibilidad de los antígenos HLA, la antropológica o la heredobiológica y obtener todos los dictámenes periciales a su favor, habrá demostrado al juzgador la relación biológica entre ella y el menor.

El juzgador deberá resolver entonces en función de ponderar la importancia de la verdad formal -la establecida en el acta de nacimiento-, la cual prueba el hecho de haber nacido el menor de la mujer que se ostenta como madre -lo cual es verdad-, o de la verdad biológica, la demostrable con las pruebas de parentesco a favor de la aportante del embrión.

A nuestro juicio, declarará madre legal, con todas las consecuencias inherentes a ello, a la gestante, pues fue ella quien dió a la luz a la criatura y la legislación civil privilegia el hecho del nacimiento para determinar la relación filial

del recién nacido con la mujer que le dió vida y además, tal como lo dispone el artículo 340 ya invocado y el cual transcribimos para mayor claridad, será ella quien estará en posibilidades de probar tal relación con la partida de nacimiento y con su acta de matrimonio:

“Artículo 340. 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.”⁽¹⁹³⁾

Este numeral limita la prueba de la relación filiat a las actas de nacimiento y de matrimonio de los padres, las cuales estará en posibilidades de exhibir quien haya dado a luz a la criatura, además, de acuerdo a lo que establece el artículo 39 del propio Código, el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil y ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la Ley y en el presente no existe excepción alguna; si aunamos a ello el contenido del Artículo 63 del Código Civil ya invocado, el cual señala que en el caso del hijo nacido de una mujer casada conviviente con su marido, en ningún caso, ni a petición de persona alguna, podrá asentarse como padre a otro distinto al mismo marido, salvo el desconocimiento expreso del hijo y la existencia de sentencia ejecutoria declarándolo de esta manera, en relación con el numeral 374 de la misma compilación legislativa ya señalado, el cual estipula que el hijo de una mujer casada

¹⁹³ Ibidem.

no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoria se haya declarado no ser hijo suyo, nos permite concluir que la madre legalmente reconocida lo será la mujer casada quien dio luz a la criatura.

Sin embargo, a nuestro juicio, el juzgador debía decretar la cancelación del acta elaborada a favor de la madre gestante y determinar como madre legal a la aportante de la célula germinal. Ello porque aún cuando el concepto familia no ha sido clarificado, no es posible determinar quien o quienes forman esa comunidad, ese grupo, lo importante es la certeza que se tiene de estar incluido en ella, el sentido de pertenencia a determinado grupo familiar. Lo anterior encuentra excepción en el Código de Familia del Estado de Hidalgo el cual, en su Artículo 340 establece que, para efectos de la representación, la familia es una institución social, permanente, compuesta por un conjunto de personas unidas por el vínculo jurídico del matrimonio o por el estado jurídico del concubinato; por el parentesco de consanguinidad, adopción o afinidad, que habiten bajo el mismo techo ⁽¹⁹⁴⁾ Enorme importancia reviste también el ánimo de incorporación de nuevos miembros a una familia -si a juicio de la pareja ello hace falta, si de esa manera se llenan sus expectativas de integración y, además, de continuación de su progenie- el hecho de tener uno o más hijos en ejercicio de ese derecho a reproducirse, sumar

¹⁹⁴ Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ediciones del Gobierno del Estado de Hidalgo. Pachuca de Soto, Hidalgo, México 1983.

nueva o nuevas personas a dicho grupo, y la pareja no tiene la posibilidad de reproducción de manera natural, la ley no les impide lograrla utilizando algún método alternativo de los conocidos actualmente, por el contrario, nuestra Constitución reconoce en su Artículo 4º el derecho de los mexicanos a la reproducción al establecer en su tercer párrafo:

“Artículo 4o.- ...Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.”⁽¹⁹⁵⁾

Comenta Güitrón Fuentevilla respecto a esta garantía constitucional,:
“Este supuesto incluye a quienes están casados, a quienes hacen vida en común sin estarlo, como pueden ser los concubinos, que se caracterizan por no tener vínculo jurídico alguno con otra persona, desde el punto de vista matrimonial; los amantes, que podría ser la hipótesis de estar casado con una persona y tener hijos con otra, técnicamente sería un adulterio, pero finalmente entra en la hipótesis del derecho a tener hijos.”⁽¹⁹⁶⁾

Como se aprecia, la Constitución otorga a todos los mexicanos la posibilidad de reproducirse y la legislación inferior no establece límites en cuanto

¹⁹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997.

¹⁹⁶ Güitrón Fuentevilla, Julián. *Marco Legal en la Regulación de la Reproductividad*. Dentro de Antología de la Sexualidad Humana publicaciones del Consejo Nacional de Población. Miguel Ángel Porrúa Librero Editor. México, Distrito Federal, 1994. p. 433.

al método a utilizar para conseguirlo. En efecto, la Ley General de Salud reglamentaria de la protección a la salud en los términos del Artículo Cuarto de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y sus disposiciones son de orden público e interés social:

“Artículo 1o.- La presente Ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social.”⁽¹⁹⁷⁾

Perteneciendo las cuestiones de salud reproductiva del ser humano al ámbito de la salubridad pública en la cual el Estado Mexicano tiene interés en participar a fin de garantizar la debida protección, promoción y restauración de la salud del individuo y de la sociedad en general, en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 de nuestro País, se establece: “Los programas de vacunación, nutrición y salud reproductiva constituirán el eje del paquete de servicios básicos, al cual se agregan acciones específicas según sean las necesidades sanitarias regionales y

¹⁹⁷ Ley General de Salud. Op. Cit.

locales.”¹⁹⁸) lo cual es indicativo de la preocupación en el sentido de atender los requerimientos de salud reproductiva de la población.

Sin embargo aún en el Plan Nacional de Desarrollo -programa básico de las acciones de gobierno en la materia-, los programas de salud reproductiva constituyen el eje del paquete de servicios básicos, al cual se agregan acciones específicas según las necesidades sanitarias regionales y locales, los reglamentos que se emiten de conformidad con la Ley General de Salud y aún las disposiciones de esta misma que regulan lo relativo a la reproducción humana, tanto la natural como la conseguida artificialmente o con asistencia, son oscuros, deficientemente elaborados desde el punto de vista de la técnica jurídica y en ocasiones hasta contradictorios entre ellos, lo cual llama la confusión más absoluta. Veamos primeramente las incongruencias de la propia Ley.:

La Ley General de Salud en su Artículo 466 señala:

“Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años.

¹⁹⁸ *Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000*, Poder Ejecutivo Federal. Secretaría de Hacienda y Crédito Público. México, Distrito Federal, 1995. p. 94.

“La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge.”¹⁹⁹)

Si el cónyuge de una mujer casada no otorga su consentimiento para que ella sea inseminada, ¿qué acontecerá? Nada, ya que esta norma no contempla una conducta, pretende establecer una prohibición, carece de penalidad y, ante la eventualidad de otorgar la mujer casada su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge, simplemente no sucederá nada pues es una norma imperfecta y elaborada además en un sentido prohibitivo no utilizado en materia penal en donde cuando la conducta se adecua a la descripción de un tipo encuentra una sanción, pero no se establecen normas prohibitivas. A nuestro juicio se legisló así con ánimo disuasivo hacia los médicos y los pacientes en el sentido de percibir como delictuosa la conducta de la mujer casada que pretende inseminarse sin el consentimiento de su esposo y de esta manera evitar este accionar.

Por otro lado, la Ley General de Salud no contempla los otros supuestos de mujer soltera, concubina, divorciada, amasia, que decida inseminarse, y no exige otorgamiento de beneplácito por parte de otra persona, tan sólo a la mujer casada, lo cual es discriminatorio porque, en todo caso, se podría establecer como una causal de divorcio el hecho de inseminarse la mujer sin que su marido haya expresado su aquiescencia, pero no establecer de manera tajante que la mujer casada

¹⁹⁹ Ley General de Salud. Op. Cit.

no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge, es decir, volvemos a las épocas en que la mujer no podía conducirse por sí misma y, para la eventualidad de que el marido no quiera que ella se insemine, no podrá hacerlo por constituir un delito tan solo otorgar su consentimiento ya no digamos proceder a la aplicación de la técnica de reproducción artificial en su cuerpo, porque el artículo citado establece que la mujer casada "no podrá otorgar su consentimiento"; este numeral, al igual que muchos de la legislación en materia de salud requiere ser revisado para, o bien derogarlo, o bien, si se quiere, estructurarlo conforme a la técnica del Derecho Penal.

La Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de Febrero de 1984 en vigor tres meses después cuenta, en materia de control de la reproducción humana, con dos reglamentos, a saber: el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Febrero de 1985 en vigor al día siguiente y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 6 de Enero de 1987 en vigor al día siguiente y existe una total incongruencia entre estos ordenamientos, como veremos enseguida.

Habíamos visto antes que el artículo 314 de la Ley General de Salud define los siguientes conceptos:

“IV.- preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;⁽²⁰⁰⁾

Sin embargo, contraviniendo a la Ley General de Salud, el Reglamento de la misma en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, en su Artículo 6 establece:

“Artículo 6o.- Para los efectos de este Reglamento, se entiende por:

”...”

XIII.- Embrión: El producto de la concepción hasta la décimo tercera semana de gestación;

²⁰⁰ Idem.

XIV.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décimo tercera semana de gestación, hasta su expulsión del seno materno;”⁽²⁰¹⁾

Esto es, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, no solo no contempla al preembrión, sino, más allá, el embrión no será ya, como lo define la Ley General de Salud, el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional, sino que ahora será el producto de la concepción (desde la concepción misma) y hasta la décimo tercera semana de gestación, con lo cual contraviene a la Ley a la cual reglamenta pues, primeramente elimina el concepto preembrión y, además, alarga el de embrión una semana más, hasta la número trece contada desde la concepción, mientras que aquella lo consideraba así únicamente hasta el término de la semana número doce, contada a partir de la tercera semana de la concepción.

Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en relación con el tema en estudio, establece:

²⁰¹ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997.

“Artículo 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

“...”

III.- Embrión: El producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación;

IV.- Feto: El producto de la concepción desde el principio de la décimo tercera semana de la gestación hasta la expulsión o extracción;

XI.- Fertilización asistida.- Es aquélla en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización In Vitro.”⁽²⁰²⁾

Como vemos, este Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud también contradice a la legislación de la cual deriva, al reconocer únicamente al embrión y no considerar tampoco al preembrión, como lo hace la Ley General de Salud y, extrañamente, el embrión es el producto de la concepción desde la fecundación del óvulo hasta el final de la decimosegunda semana de gestación y será feto desde el principio de la décimo tercera semana de la gestación hasta la expulsión o extracción, olvidándose, decíamos, completamente del concepto preembrión.

²⁰² Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Dirección General de Comunicación Social de la Secretaría de Salud. Ed. Talleres de Tipos Futura, S.A. México, Distrito Federal, 1987.

Este Reglamento, no obstante ser posterior al diverso en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, ambos de la Ley General de Salud, vuelve a considerar como embrión al producto de la concepción hasta el final de la duodécima semana de gestación, como lo establece la Ley, pero no la sigue en el sentido de considerar como embrión al producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación sino lo considera a partir del momento de la fecundación del óvulo, con lo cual contraviene a la Ley.

La respuesta de la omisión del preembrión en ambos reglamentos de la Ley General de Salud, quizá la encontremos en el hecho de que para muchos estudiosos de la ciencia médica no existe un preembrión considerado como el producto de la unión del óvulo con el espermatozoide y el óvulo es embrión desde el momento de ser fecundado; pero con todo, la legislación inferior no puede sino regular lo que aquella de la cual deriva dispone; de otra manera, como sucede en este caso, emite otra serie de disposiciones y llama a la confusión más absoluta sobre el tema.

A nuestro juicio, aún cuando errado el camino, en este caso los Reglamentos están correctos al considerar como embrión al óvulo fecundado por las razones expuestas en el sentido de no haber razón para considerar la existencia

de un preembrión pues: “Hasta la fase de blástula o sea hasta el sexto día aproximadamente de la concepción, cada una de las células de que se compone puede por sí sola, si se la separa de las otras, dar lugar a otra blástula completamente idéntica a aquélla de la cual forma parte. Esta propiedad, denominada totipotencia, permite también a cualquier blástula fundirse con otra blástula sea hermana o no. Sólo desde el sexto día en adelante toda célula está determinada a un destino preciso, es decir, o a formar la membrana externa o la masa celular interna, la diferenciación morfogenética. Para el embrión en el estadio de cigoto el hecho de estar constituido por una célula totipotente implica incertidumbre sobre el ser uno, porque de ella sola pueden derivarse dos o más organismos.” (203)

No obstante ello, ambos reglamentos, por así hacerlo la legislación de la cual emanan, debieron considerar al preembrión o bien, si el concepto no es procedente, eliminar la referencia a él en la Ley General de Salud, cuestión esta última que nos parece la más adecuada.

Una vez comprobado nuestro aserto en el sentido de que las normas de la Ley de Salud, sus reglamentos son oscuras, deficientemente elaboradas desde el

²⁰³ Zatti, Mario. *Preembrión. Se trata de un Embrión*. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica. Volumen VIII, Número II, Febrero.- Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università del sacro Cuore, Roma. coedición con la Escuela de Medicina de la Universidad Anáhuac. Italia-México, Febrero de 1992.

punto de vista de la técnica jurídica y en ocasiones hasta contradictorias entre ellas y que, además, no existen las Normas Técnicas que debía emitir la Secretaría de Salud para regular lo relativo a la reproducción humana, retomaremos el punto en el sentido de que la Constitución garantiza el derecho de los mexicanos a la reproducción y el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud lo corrobora así al definir, en la fracción XI del Artículo 40 antes invocado a la Fertilización Asistida como aquella en la cual la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización In Vitro; es decir, reconoce la posibilidad de utilizar algunos de éstos métodos artificiales para conseguir la fertilización del óvulo y más aún, autoriza la inseminación heteróloga, en la cual, recordemos, no se utiliza el semen de la pareja de la mujer a inseminar sino el de un tercero distinto a la relación; a este tipo de tratamiento también se le conoce con el nombre de heteroinseminación o inseminación por donador. De ello, concluimos, la legislación mexicana permite la inseminación con semen de un tercero a la mujer casada y, en los términos del Artículo 466 de la Ley General de Salud, no incurrirá en delito al inseminarse con el gameto de un tercero ajeno a la relación siempre y cuando su cónyuge otorgue su consentimiento para ello. Todo ello encuentra fundamento en el derecho de los mexicanos a la reproducción, consagrado en nuestra Carta Magna.

Entonces, sí es válido inseminar a la cónyuge con autorización de su esposo con el semen de un tercero, también lo es encargar a otra persona la gestación del nuevo ser producido con óvulo y espermatozoides de la propia pareja para concretar en la realidad su garantía individual de reproducirse, es decir, se está en el supuesto de hacer valer la garantía de reproducción con la asistencia de una tercera quien facilitará su vientre para conseguir la gestación de la criatura mediante la transferencia de un embrión fertilizado In Vitro.

Además, es obvio, la intención, el ánimo de que naciera un hijo, precisamente ese hijo, fue de la madre genética y de su esposo y la gestante únicamente tuvo la intención de formarlo, de proporcionarle los nutrientes requeridos, pero nunca la de tener un niño, cuya herencia genética es, además, distinta a la suya propia, ya que de haber tenido desde el principio la intención de quedarse con el niño, su actuación hubiera sido de mala fe y contrario las buenas costumbres en el acuerdo sostenido con la madre genética.

Nuestro Máximo Tribunal, en la tesis citada a continuación, atiende a los valores intrínsecos de la familia considerados por el legislador en la exposición de motivos al Código Civil y se apoya en dichos valores y en que las presunciones legales en materia de filiación pueden ser desvirtuadas, para admitir la prueba inmunológica de determinación de antígenos de histocompatibilidad en un

juicio en el cual quien reclama ser el padre del hijo de mujer casada con otro al momento del nacimiento del menor, no tendría legitimación para reclamar tal derecho:

“LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL QUE SE OSTENTA COMO PROGENITOR DEL HIJO NACIDO DE MUJER CASADA, Y CONTRADICE LA PATERNIDAD DEL EX CÓNYUGE DE ESTA.

Si el que reclama ser el padre del hijo de mujer que estaba casada con el tercero perjudicado al momento del nacimiento del menor, pide que se le reconozca la calidad de padre natural del hijo, alegando que la madre de éste se ha divorciado y se ha casado con él, viviendo en familia, en la que el menor recibe el tratamiento de hijo legítimo y, además, apoya su pretensión en la prueba inmunológica de determinación de antígenos de histocompatibilidad, de alta certeza en el diagnóstico de la herencia genética, deben admitirse las pruebas que aporta, para que, de acuerdo con su correcta valoración, se resuelva respecto a la legitimación del promovente y el fondo de la litis, decidiendo si queda o no desvirtuada la presunción legal que establece el artículo 324 del Código Civil, a favor del ex cónyuge de la madre del menor, criterio que se apoya en lo dispuesto por los diversos artículos 63, 325 y 374 del mismo ordenamiento, con la consideración de que el legislador reconoce que la prohibición de investigación de la paternidad de hijo de mujer casada, admite excepciones, a las que se suma ésta que se contempla en la especie, apoyándose, para establecer el criterio, en los valores que

declara proteger el legislador, respecto de la familia, en la exposición de motivos al citado ordenamiento legal.”⁽²⁰⁴⁾

Como lo establece el Tribunal, las presunciones legales en materia de filiación pueden ser desvirtuadas y se apoya, para establecer el criterio invocado, en los valores que declara proteger el legislador respecto de la familia, por ello, precisamente por la protección de esos valores, consideramos pertinente la posibilidad de determinación de maternidad legal a favor de la madre genética, propuesta que concretaremos más adelante.

6.1.1.3. La filiación en el Código Civil del Distrito Federal respecto de la mujer que vive en concubinato y auxilia en la gestación.

Aun cuando no es posible pretender igualar las instituciones, pero atendiendo a las presunciones establecidas en el Artículo 383 del Código Civil deberá darse igual trato a la mujer con pareja estable en situación de concubinato que a la mujer casada auxiliar en la gestación.

²⁰⁴ Amparo directo 2379/95.- Gustavo Romero López.- 25 de mayo de 1995.- Unanimidad de votos.- Ponente: Jorge Trujillo Muñoz.- Secretario: José Luis Gordillo Gómez. Instancia: Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Publicación: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Epoca, Tomo II, Agosto de 1995. p. 549. Consultado en Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México, Distrito Federal, 1997.

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”⁽²⁰⁵⁾

Por ello, cuando exista desacuerdo entre las participantes, la filiación se establecerá presuntivamente a favor de la mujer gestante que vive en concubinato y que dió a luz al niño, por disposición de la ley

6.1.1.5. La filiación en el Código Civil del Distrito Federal respecto de la mujer soltera que auxilia en la gestación.

Respecto de la situación de la mujer soltera que consienta el implante del embrión creado con el óvulo y el esperma de otra pareja, será, para nuestra legislación, dicha mujer soltera la madre legal, con fundamento en el artículo 360 del Código Civil, el cual a continuación se transcribe:

“Art. 360. - La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del

²⁰⁵ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.”⁽²⁰⁶⁾

Desde luego, el aportante de la célula masculina para conseguir el embrión, podrá aparecer, si es su deseo, como padre de la criatura, pero la madre genética quedará excluida de tal beneficio. El considerar siquiera que de dos, cuando menos uno pueda registrar al hijo como propio es, por decir lo menos, un absurdo por la desprotección en la cual quedan tanto el hijo como sus padres biológicos porque la madre sustituta estará además en posibilidades de exigir los alimentos requeridos por el menor para su subsistencia y reteniéndolo con ella tendrá un ingreso económico seguro a costa del manejo de la cuestión afectiva y aún la legal al ampararla la ley como representante del menor.

Más aún, si el padre no accede a reconocerlo voluntariamente, la madre gestante puede demandarle el reconocimiento de la paternidad en función a serlo realmente y estará en posibilidades de demostrarlo con pruebas biológicas, las cuales no probarán en su contra porque el artículo 360 supra invocado es muy claro en establecer que la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento.

²⁰⁶ Idem.

Podrá además mantener la custodia del menor, a menos que se pruebe la inconveniencia de tal hecho, y podrá contradecir el reconocimiento hecho o se pretenda hacer de ese niño, todo ello con fundamento en el Artículo 378 del mismo cuerpo legal antes invocado:

“Artículo 378. - La mujer que cuida o ha cuidado de la lactancia de un niño, a quien le ha dado su nombre o permitido que lo lleve; que públicamente lo ha presentado como hijo suyo y ha proveído a su educación y subsistencia, podrá contradecir el reconocimiento que un hombre haya hecho o pretenda hacer de ese niño. En este caso, no se le podrá separar de su lado, a menos que consienta en entregarlo o que fuere obligada a hacer la entrega por sentencia ejecutoriada. El término para contradecir el reconocimiento será el de sesenta días, contados desde que tuvo conocimiento de él.”⁽²⁰⁷⁾

Por todo ello manifestamos nuestra certeza que será la mujer soltera a quien se le haya implantado el embrión, la madre legal, por el hecho de haber dado a la luz a la criatura.

6.2. La mujer no tiene óvulos fértiles pero su organismo si puede afrontar adecuadamente la gestación y el alumbramiento.

Actualmente una mujer con esta problemática puede conseguir un óvulo fértil de otra, fecundarlo extracorpóreamente *In vitro*, con el semen de su marido,

²⁰⁷ Ibidem.

si fuere casada, y transportar el embrión a su matriz, o bien fertilizarlo directamente en el interior de su cuerpo mediante inseminación artificial, utilizando cualquiera de las técnicas de apoyo en la reproducción analizadas a detalle anteriormente.

En este supuesto, para determinar quien será la madre legal, habrá que diferenciar nuevamente si la mujer es casada, soltera o concubina; si está libre de matrimonio la filiación se establece únicamente con ella por disposición de la ley y no habrá problema, atendiendo a lo establecido por el numeral 360 del Código Civil antes invocado y de acuerdo al análisis realizado en el apartado precedente, ya que basta a la mujer soltera dar a luz al hijo y registrarlo a su nombre para ser considerada legalmente como madre del niño.

En el caso de la mujer casada inseminada con el óvulo de una tercera, fecundado con espermatozoides del marido de aquella tercera, tampoco tendrá problema en ser considerada como madre legal con todos los derechos y obligaciones inherentes, pues, al haber dado a luz a la criatura se establecerá la filiación con este matrimonio. Ello fundamentado en los numerales 39, 63, 324, 340, 374 también analizados previamente.

Tendrá, nos preguntamos, ¿la aportante del óvulo derecho para exigir el reconocimiento de su maternidad ante la madre gestante del menor al cual dió a luz? La respuesta es en el sentido negativo, esto es, la ley no la asistirá en tal fin, porque la legislación común civil del Distrito Federal reconoce como madre legal a quien da a luz al hijo, en términos de los artículos supra invocados en el caso de la mujer casada y con fundamento, además, en el numeral 360 del Código Civil, en el caso de la mujer soltera.

Distinto es el caso del aportante de la célula germinal masculina para el evento de ser una persona distinta al marido, pero tal problemática la veremos al estudiar la situación que guarda el hombre en los nacimientos logrados mediante la utilización de las nuevas técnicas de reproducción humana con asistencia.

Por ello aseguramos, a la mujer aportante de un óvulo para ser fertilizado con el esperma del esposo de la madre gestante o con el de un tercero ajeno a la relación de la pareja, en el caso de la mujer casada, no será reconocida legalmente como madre.

Tampoco será reconocida como madre legal la aportante de un óvulo inseminada con el semen de un tercero, en el caso de que se haya implantado en el seno de una mujer soltera, quien le dará a luz y tendrá ese reconocimiento.

6.3. La mujer es capaz de aportar óvulos fértiles y de soportar el embarazo y el alumbramiento.

En este caso la mujer no tendrá conflictiva de carácter jurídico pues si es capaz de aportar óvulos fértiles y soporta el embarazo y el posterior alumbramiento, los problemas se presentarían en relación con su pareja, quien, si no puede aportar espermatozoides fértiles, la mujer podría ser fertilizada, en los supuestos actuales, con esperma de un tercero ajeno a la pareja, pero ella será la madre genética, biológica y legal al dar a luz a la criatura y colocarse en los supuestos antes comentados.

Será intrascendente saber si es casada, soltera o vive en concubinato, pues en ambos casos, al dar a luz a la criatura se le otorgara la protección de la ley en ese sentido.

6.4. La mujer no es capaz de aportar óvulos fértiles y no puede, además, soportar el embarazo.

Finalmente, en este último de los casos, en el cual la mujer no puede aportar ni ser receptora de óvulos y tampoco de embriones, no habrá problemática

a resolver por el Derecho al no generar células germinales ni soportar que le sean implantadas.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL HOMBRE ANTE LAS NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ARTIFICIALMENTE LOGRADA

Por la razón natural de tan solo aportar la célula reproductora, sin tener, hasta la fecha, mayor intervención biológica -al contrario de la mujer que aporta el óvulo, gesta y soporta el embarazo- en la situación reproductiva del hombre se pueden dar tan solo dos supuestos, a saber:

- a). - Tener espermatozoides fértiles.
- b). - No contar con espermatozoides fértiles o incluso no aportar espermatozoides (necrozoospermia).

Cada situación de éstas trae aparejada diverso grado de complejidad jurídica, como veremos enseguida.

7.1. Supuestos que pueden darse cuando el hombre aporta espermatozoides fértiles.

Si los espermatozoides del aportante son idóneos para fertilizar el óvulo, pueden darse, a su vez, dos supuestos, a saber:

a).- Estar casado o vivir en concubinato con la mujer a inseminar con su esperma.

b).- No estar casado ni tener una relación estable con la mujer a la cual se insemine con su esperma la cual puede ser conocida o no de él.

Decimos conocida o no del aportante porque en el inicio de los programas de inseminación artificial se usaban preferentemente los gametos de los familiares del esposo o concubinario de la mujer a inseminar, considerando de esta manera que los rasgos del menor coincidirían más con los del supuesto padre; sin embargo no se continuó con esa línea, porque acarrió mayores problemas intrafamiliares de los pretendidos a resolver.

7.1.1. Inseminación a la esposa y/o concubina del aportante de la célula germinal.

El supuesto de inseminar artificialmente a la esposa del aportante no implica problemática jurídica alguna, pues el producto de dicha concepción, lograda sobre la base de cualquier técnica de asistencia en la reproducción, será su hijo biológico y la ley le otorgará la presunción de ser el padre de la criatura; todo ello con fundamento en los numerales 63, 324, 340 y 374 del Código Civil:

“Artículo 63. Cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con 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.”⁽²⁰⁸⁾

Este numeral limita al juez del Registro Civil y lo obliga a registrar al hijo de mujer casada como hijo también del esposo de ésta y, salvo que aquél lo haya desconocido y exista sentencia firme, bajo ninguna otra circunstancia podrá asentarse a distinta persona como padre.

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”⁽²⁰⁹⁾

Se otorga al esposo la presunción de ser el padre de la criatura que nace en los lapsos establecidos, con los derechos y obligaciones inherentes a ello.

²⁰⁸ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

²⁰⁹ Idem.

“Artículo 340. 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.”⁽²¹⁰⁾

Además, para mayor certeza jurídica a favor del esposo, la filiación se probará únicamente con el acta de matrimonio y la partida de nacimiento del hijo nacido durante el mismo.

“Artículo 374. - El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.”⁽²¹¹⁾

Se deniega también la posibilidad de reconocimiento del hijo de matrimonio por hombre distinto del marido, salvo las excepciones que el mismo establece, iguales a las contempladas en el diverso numeral 63 antes analizado, es decir, haber desconocido al hijo y existir sentencia firme en ese sentido.

Como podemos apreciar, en cuanto a la situación del hombre casado con cuyo esperma se insemine a su esposa mediante la utilización de alguna de las

²¹⁰ Ibidem.

²¹¹ Ibidem.

técnicas artificiales para lograr reproducirse, éste no tendrá problemas para obtener el reconocimiento legal de su paternidad.

La misma situación priva para el concubinario en el caso de ser inseminada la mujer con la cual conviva en relación estable reconocida por la ley, por privar para ambas las mismas presunciones, en los términos del Artículo 383 del Código Civil:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.” ⁽²¹²⁾

La Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, corrobora la analogía existente entre las situaciones del padre unido en matrimonio y el que vive en concubinato en la Tesis visible en el Semanario judicial de la Federación de la Séptima Época, Volumen VI Cuarta Parte, Pág. 71 bajo el rubro de “Filiación Natural, Medios Reconocidos Para Su Establecimiento, Con Relación Al Padre”

²¹² Ibidem.

(²¹³) al señalar que, de conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario, o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos limitativamente enumerados por el propio precepto. Pero el mismo código, dice la Sala, agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, y II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los 300 días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina o bien después de los 180 días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural legalmente establecida y que, por lo mismo, ya no hay necesidad

²¹³ Amparo directo 4718/68. Aristeo Maldonado Torres. 26 de junio de 1969. 5 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Sexta Epoca, Cuarta Parte: Volumen VII. p. 208. Amparo directo 2848/56. Ignacio Flores Alvarez. 23 de enero de 1958. Mayoria de 3 votos. Disidente: José Castro Estrada. Ponente: Gabriel Rojas. NOTA: Esta tesis también aparece en: Apéndice 1917-1985, Tercera Sala, tesis relacionada con jurisprudencia 154. p. 459.

de investigar, pues, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la Ley Civil en su invocado artículo 383 que protege a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.

“FILIACION NATURAL. MEDIOS RECONOCIDOS PARA SU ESTABLECIMIENTO, CON RELACION AL PADRE.- De conformidad con el artículo 360 del Código Civil vigente, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio se establece, con relación al padre, bien, primero, por el reconocimiento voluntario o bien, segundo, por una sentencia que declare la paternidad, para lo cual el artículo 382 del mismo ordenamiento concede la acción de investigación en los cuatro casos que limitativamente numera el propio precepto. Pero el mismo Código agrega un tercer medio -el legal- de establecimiento de la filiación natural en su artículo 383, al estatuir que se presumen hijos del concubinario y de la concubina: I, los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato, II, los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina. Estas reglas son idénticas a las que en materia de filiación legítima establece el artículo 324 del propio ordenamiento, ya que conforme a éste, se presumen hijos de los cónyuges: I, los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio y, II, los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo. Entonces, pues, cuando se está en el caso de un hijo nacido dentro de los

trescientos días siguientes al en que cesó la vida en común del concubinario y de la concubina o bien después de los ciento ochenta días de iniciado el concubinato, es evidente que ya no se trata de un caso en que hay que investigar la paternidad para establecer la filiación natural, sino que se está en presencia de una auténtica filiación natural, legalmente establecida, y que, por lo mismo, ya no hay necesidad de investigar, puesto que, como, acaba de decirse, legalmente se encuentra ya establecida por expresa presunción de la ley civil en su invocado artículo 383, del mismo modo que en tratándose de los hijos legítimos lo hace, según también ya se vio, el artículo 324. Y si ello es así, es claro que el hijo goza de una posesión de estado que no puede arrebatarle sino por sentencia ejecutoria dictada en juicio contradictorio en que se destruya dicha presunción, siendo esta la razón por la que el artículo 352 establece al respecto la protección del juicio plenario, y el 353 concede acción interdictal al hijo a quien se pretendiera despojar o perturbar en dicha posesión; en la inteligencia de que aunque estos dos últimos preceptos se refieren expresamente a los hijos nacidos de matrimonio, debe sin embargo establecerse que igualmente protegen a los hijos naturales, por virtud del bien conocido principio de aplicación analógica de que donde existe la misma razón legal, debe existir igual disposición de derecho.”

Por todo ello, podemos concluir que el esposo o concubinario con cuyo gameto se insemine de manera artificial a la esposa o concubina utilizando alguna de las técnicas descritas, no tendrá problemas para obtener el reconocimiento legal de su paternidad.

**7.1.2. Inseminación a otra mujer con quien no está casado
ni tiene relación de concubinato el aportante del semen.**

En este supuesto se ubica al llamado donante de espermatozoides ya sea para inseminar a una mujer determinada o bien para integrar los llamados bancos de semen, por ello es necesario dilucidar primero si tal denominación de donante es jurídicamente correcta, sin dejar de enfatizar que ya es reconocida y utilizada entre los especialistas dedicados a la atención de pacientes con problema de infertilidad. Para ello retomemos algunos aspectos que vimos en el capítulo precedente, empezando por determinar como define la Ley General de Salud a los espermatozoides y saber si autoriza la disposición de ellos.

El Artículo 314 de la Ley General de Salud, como vimos, define algunos conceptos importantes para nuestro estudio:

“Artículo 314.- Para efectos de este título, se entiende:

I.- Disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos:
El conjunto de actividades relativas a la obtención, conservación, utilización, preparación, suministro y destino final de órganos, tejidos y sus componentes y derivados, productos y cadáveres de

seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos, con fines terapéuticos, de docencia o investigación;

II.- “...”

III.- Células Germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

IV.- Preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

V.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

VII.- “...”

VIII.- “...”

IX.- Producto: Todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para efectos de este título, la placenta y los anexos de la piel, y

X.- Destino Final: La conservación permanente, inhumación o desintegración en condiciones sanitarias permitidas por la ley, de órganos, tejidos y sus derivados, productos y cadáveres de seres humanos, incluyendo los de preembriones, embriones y fetos.”⁽²¹⁴⁾

Concretamente las fracciones III, IV, V y IX tienen importancia para nuestro estudio; nos detendremos en la primera de ellas porque define a las células germinales como las reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión; tenemos entonces que los espermatozoides son las células germinales masculinas capaces de dar vida a un embrión, entendido éste, según la fracción V del mismo Artículo, como el producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional; nótese la inadecuada definición en la propia Ley General de Salud al no establecer como debía, para ser congruente con sus propias definiciones, que el esperma es la célula capaz de dar origen -junto con el óvulo- a un preembrión, es decir al producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación –como lo define en la propia fracción IV el mismo Artículo- y no, como lo dice, capaces de dar origen directamente a un embrión el cual, según la propia Ley, es posterior a éste, pues de la forma como está redactado ahora estamos ante el absurdo de que las células germinales dan vida al producto a partir de la tercera semana de gestación y nada le da vida antes al preembrión.

A su vez, la fracción IX del propio artículo define como Producto a todo tejido o substancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de

²¹⁴ Ley General de Salud. Op. Cit.

procesos fisiológicos normales. Asimismo establece que serán considerados productos la placenta y los anexos de la piel.

Como puede apreciarse, hasta aquí este numeral no hace referencia a las células germinales como formando parte de los productos del cuerpo humano, sin embargo el Artículo 56 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos si los considera de esta manera al establecer:

“Artículo 56.- Para efectos de este Reglamento, además de los señalados en la fracción XVIII del Artículo 6o. del mismo ordenamiento, serán considerados como productos del cuerpo humano las excretas y las células germinales.”

Los productos de seres humanos, excepto las células germinales, podrán emplearse como materia prima con fines industriales, de conformidad con las disposiciones sanitarias que regulen el proceso de que se trate.

La disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalen las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría.”⁽²¹⁵⁾

²¹⁵ Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Op Cit.

Tenemos entonces a las células germinales como productos excretados o expelidos por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales y el espermatozoide como célula germinal masculina es un producto del cuerpo humano capaz de dar vida a un preembrión, al unirse con el óvulo.

Toca ahora determinar el como se puede disponer de estos productos, para lo cual atenderemos ahora lo dispuesto por el Artículo 349 de la Ley General de Salud:

“Artículo 349.- Para el control sanitario de la disposición del preembrión, del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan.”⁽²¹⁶⁾

Esta disposición de la Ley General de la Salud se relaciona con el último párrafo del Artículo 56 del Reglamento en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos, antes citado.

Dicha disposición de células germinales deberá llevarse a cabo de conformidad con las normas técnicas emitidas al efecto por la Secretaría, pero ni la Ley ni sus reglamentos regulan lo referido a la disposición de estos productos ni

²¹⁶ Ley General de Salud. Op Cit.

existe en nuestro País Norma Técnica al respecto y, siendo una realidad en nuestro País la conservación en nitrógeno líquido en los llamados bancos de semen existentes en laboratorios de clínicas dedicadas a la aplicación de técnicas de reproducción artificial, es urgente expedir la norma reguladora de la disposición sanitaria tanto en materia de células germinales como del preembrión y del embrión, lo cual constituye una propuesta de nuestro trabajo.

Pasemos ahora a analizar si constituye delito la posibilidad de comercializar con los productos del cuerpo humano -concretamente espermatozoides y óvulos.

Para ello veamos primordialmente el contenido del Artículo 466 de la Ley General de Salud el cual contempla la conducta a sancionar para la eventualidad de obtención, conservación, utilización, preparación, etc., de órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y, al no hacerse referencia a los productos del mismo cuerpo humano, concluimos que no será penalizada una conducta de este tipo; el numeral en cita, establece:

“Artículo 462.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el equivalente de veinte a ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trate:

I.- Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, tejidos y sus componentes, cadáveres o fetos de seres humanos, y

II.- Al que comercie con órganos, tejidos incluyendo la sangre, y sus componentes, cadáveres, fetos o restos de seres humanos.”⁽²¹⁷⁾

Al no constituir delito el comercio con células germinales humanas, veamos si éstas pueden ser objeto indirecto en el contrato de donación, respecto del cual establece el Artículo 2332 del Código Civil:

“Artículo 2332. Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes.”⁽²¹⁸⁾

Respecto de esta figura Joel Chirino sostiene: “El contrato de donación es en el que una persona llamada donante se obliga a transferir gratuitamente una parte de sus bienes presentes a otra llamada donatario.

“Por efecto de la donación el donante transmite gratuitamente la propiedad de una parte de sus bienes presentes. La donación constituye por su esencia gratuita una liberalidad en beneficio del donatario y debe recaer estrictamente sobre una parte de los bienes presentes del donante.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

“Los sujetos que intervienen en este contrato se denominan donante y donatario. Donante es el sujeto que transmite en forma gratuita parte de sus bienes presentes. Donatario es quien recibe la liberalidad.”⁽²¹⁹⁾

Vemos como se va perfilando este contrato como de transmisión de bienes, de regulación patrimonial pecuniaria.

A su vez, los artículos 2342 y 2345 establecen que únicamente podrá haber donación de bienes muebles e inmuebles:

“Artículo 2,342.- No puede hacerse la donación verbal más que de bienes muebles.

Artículo 2,345.- La donación de bienes raíces se hará en la misma forma que para su venta exige la ley.”⁽²²⁰⁾

- Como puede apreciarse, los numerales antes transcritos hacen referencia a la donación en cuanto a los bienes señalados, y aún cuando pueden donarse derechos, consideramos que no pueden ser materia de la misma los productos del cuerpo humano.

²¹⁹ Chirino Castillo, Joel. *Derecho Civil III Contratos Civiles*. Op. Cit. p. 56.

²²⁰ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

Además, al conceptualizarse en nuestra legislación civil a la donación como un contrato, cabe esgrimir los mismos argumentos hechos valer al analizar los elementos requeridos para la existencia de un contrato en el acuerdo de voluntades con la finalidad de lograr el implante del óvulo fecundado en el útero de una persona extraña a la pareja y que el producto sea entregado a la persona aportante del mismo, deben considerarse los mismos elementos de existencia y requisitos de validez, es decir, el objeto del mismo deberá, además de ser lícito – que lo es- estar en el comercio, con la imposibilidad de considerar al ser humano y a su productos como materia mercantil.

Por todo ello, concluimos es inapropiada la denominación de donante como se ha dado en llamar al hombre aportante del gameto o célula germinal con la cual se inseminará a una mujer con la cual no lo une ninguna relación de matrimonio o concubinato.

Consideramos como más apropiada la denominación de disponente que le confiere la Ley General de Salud al establecer en sus artículos 315 y 316:

“Artículo 315.- Se considerará como disponente originario, para efectos de este Título, a la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

Artículo 316.- Serán disponentes secundarios:

I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;

II.- A falta de los anteriores, la autoridad sanitaria, y

III.- Los demás a quienes esta Ley y otras disposiciones generales aplicables les confieran tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalen en las mismas.”⁽²²¹⁾

Por su parte el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos al respecto, establece:

“Artículo 10.- En los términos de la Ley y de este Reglamento, los disponentes pueden ser originarios y secundarios.

“Artículo 11.- Es disponente originario la persona con respecto a su propio cuerpo y los productos del mismo.

“Artículo 12.- El disponente originario podrá en cualquier tiempo revocar el consentimiento que haya otorgado para fines de disposición de sus órganos, tejidos, productos o de su propio

²²¹ Ley General de Salud. Op. Cit.

cadáver, sin que exista responsabilidad de su parte.

“En caso de que el disponente originario no haya revocado su consentimiento en vida, no tendrá validez la revocación que, en su caso, hagan los *disponentes secundarios* a que se refiere el artículo siguiente.”⁽²²²⁾

Posteriormente hacen referencia a los disponentes secundarios los artículos 13, 14 y 15 del propio Reglamento:

“Artículo 13.- Serán disponentes secundarios, de acuerdo al siguiente orden de preferencia, los siguientes:

I.- El cónyuge, el concubinario, la concubina, los ascendientes, descendientes y los parientes colaterales hasta el segundo grado del disponente originario;

II.- La autoridad sanitaria competente;

III.- El Ministerio Público, en relación a los órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos que se encuentren bajo su responsabilidad con motivo del ejercicio de sus funciones;

IV.- La autoridad judicial;

²²² Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Op Cit.

V.- Los representantes legales de menores e incapaces, únicamente en relación a la disposición de cadáveres;

VI.- Las instituciones educativas con respecto a los órganos, tejidos y cadáveres que les sean proporcionados para investigación o docencia, una vez que venza en plazo de reclamación sin que ésta se haya efectuado, y

VII.- Los demás a quienes las disposiciones generales aplicables les confieren tal carácter, con las condiciones y requisitos que se señalan en las mismas.

“Artículo 14.- Los disponentes secundarios a que se refiere el artículo anterior, podrán otorgar su consentimiento para la disposición del cadáver, de órganos y tejidos, así como de productos del disponente originario, en los términos de la Ley y este Reglamento.

“De conformidad con la propia ley, en los casos en que la autoridad competente ordene la necropsia no se requerirá de autorización o consentimiento alguno para la disposición de órganos y tejidos, debiéndose sujetar a las normas técnicas que se expidan.

“Artículo 15.- La preferencia entre los disponentes secundarios a que se refiere la fracción I del artículo 13, se definirá conforme a las reglas de parentesco que establece el Código Civil para el Distrito

Federal en materia común y para toda la República en materia federal.”⁽²²³⁾

De los numerales transcritos podemos inferir que -aún cuando ni la Ley ni el Reglamento lo definen- disponente originario es la persona que otorga su consentimiento para fines de disposición de sus órganos, tejidos, productos o de su propio cadáver.

La persona que recibirá el o los gametos será la receptora, como se le denomina ya en la terminología médica.

De lo anterior concluimos, la denominación de donante dada al hombre que aporta las células germinales, es jurídicamente incorrecta y la adecuada es la que utiliza la Ley General de Salud en sus artículos 315 y 316 y el Reglamento de la propia Ley en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en sus artículos del 10 al 15 antes citados, es decir la de disponente de los productos de su propio cuerpo entre los cuales se encuentran los gametos o células reproductoras masculinas o femeninas.

El llegar a dicha conclusión nos permite apenas esbozar la problemática, respecto a la conflictiva a resolver, cuando se insemina a una mujer casada o en

²²³ Idem.

concubinato con persona distinta al aportante, o disponente del gameto. Por ello, dividiremos ahora nuestro análisis en dos vertientes, una de ellas se enfocará a conocer las consecuencias de Derecho si lo pretendido es desconocer la paternidad de ese nuevo ser y la otra será en el sentido de analizar si, por el contrario, lo que se quiere es excluir de ella a quien se ostente como padre del menor nacido bajo la aplicación de estas nuevas técnicas de reproducción artificialmente lograda.

7.1.2.1. Contradicción de la paternidad del nacido mediante la aplicación de técnicas artificiales.

En el supuesto de contradecir la paternidad, quien deberá intentar la acción será el esposo -padre formal o registral- de la mujer que dió a luz a una criatura con el gameto de un tercero ajeno a la relación con la finalidad de desvirtuar la presunción *iuris tantum* establecida a favor de la criatura de ser hijo de matrimonio y, por ende, la paternidad del esposo, tal como lo ha sostenido el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito:

“PATERNIDAD. JUICIO DE CONTRADICCIÓN DE LA SU NATURALEZA. En relación con la paternidad legítima opera la presunción legal: "pater is est quem nuptiae demonstrant". Como consecuencia de tal principio, en el que la ley viene en auxilio del hijo de matrimonio, lo releva de probar la paternidad: una vez probada la filiación materna la paternidad queda establecida automáticamente.

Así se desprende de lo dispuesto por el artículo 324 del Código Civil, en relación con el 325 de ese cuerpo legal. Cuando se pretende desvirtuar esa presunción, debe hacerse a través de la acción de desconocimiento de paternidad establecida contra el marido, en los casos en que éste no puede ser padre del hijo. Tal acción se funda en que la presunción de paternidad debe desaparecer cuando exista prueba en contrario. En principio, tal presunción no puede ser combatida por cualquier persona ni por todos los medios; corresponde al marido de la madre destruirla en determinados casos, como principal interesado, y como el más capacitado para ello; y excepcionalmente a los herederos del marido en el supuesto a que se refiere el artículo 333 del Código Civil. Lo expuesto lleva a concluir que esa acción sólo procede respecto de los hijos de matrimonio, y es diferente a la de nulidad de los actos de reconocimiento que procede en relación con los hijos fuera de matrimonio.” ⁽²²⁴⁾

Habrá que atender entonces primordialmente a lo dispuesto en el Artículo 325 del Código Civil:

“Artículo 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso

²²⁴ Amparo directo 1221/91.- Lilia del Carmen Lobato González y otro.- 6 de mayo de 1994.- Unanimidad de votos.- Ponente: José, Becerra Santiago.- Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Publicación: *Semanario Judicial de la Federación*, 8a. Época, Tomo XIII-Junio. p. 618.

carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.”⁽²²⁵⁾

Dicha presunción está establecida en el diverso Artículo 324 del mismo ordenamiento legal:

“Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

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

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.”⁽²²⁶⁾

Este numeral guarda estrecha relación con el artículo 383 del propio Código, razón por la cual consideramos que el concubinario, como el marido, deberán probar haberles sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos precedentes al nacimiento, si pretende desvirtuar la presunción establecida a favor del hijo,

²²⁵ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

²²⁶ Idem.

máxime si tenemos presente la tesis de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual considera que existe analogía entre las presunciones establecidas a favor de los hijos nacidos en matrimonio y los nacidos bajo el concubinato:

“Artículo 383. Se presumen hijos del concubinario y de la concubina:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde que comenzó el concubinato;

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina.”⁽²²⁷⁾

Retomando las temporalidades que marca el Artículo 325 del Código Civil, veamos el caso de una pareja que se casa el día 1º de Enero del año, el hijo debe nacer después del día 30 de Junio del mismo año, es decir 180 días después contados desde la celebración del matrimonio para tener a su favor la presunción de ser hijo de matrimonio; si nace antes de esa fecha no se presumirá hijo de los cónyuges, pero si nace después de ese día y quisieran desconocerlo, el esposo o concubinario deberán probar la abstinencia de relaciones sexuales con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos precedentes al nacimiento acreditando ya sea la estadía fuera del lugar donde habita la esposa o concubina en esa temporalidad, esto es, si el hijo nace el día 30 de octubre de 1998 -día trescientos del año-, deberán probar no haber estado en la localidad entre los días 1º

²²⁷ Ibidem.

de Enero y 30 de Abril del propio año -durante los ciento veinte días que precedieron al nacimiento- o bien demostrar la imposibilidad de haber tenido relaciones íntimas con su conviviente en ese período como consecuencia de alguna enfermedad; o comprobando la improbabilidad de tener relaciones sexuales con su esposa o concubina dada la imposibilidad de convivencia con ella; y así, de acuerdo a la situación particular se intentará probar tal circunstancia. Consideramos que la aplicación de la técnica de la investigación fenotípica por medio de la prueba de la huella digital del DNA podría resolver muchas de estas situaciones injustas y de exhibición para todas las partes involucradas, pues el varón ausente, enfermo y aún impotente que cuente con espermias móviles, puede remitir en un termo, congelados, sus gametos, los cuales es posible obtenerlos por biopsia en caso de imposibilidad de eyaculación, y no se requiere ya contacto carnal para embarazar a su esposa o concubina; supuesto éste no contemplado en la legislación civil pero subsanable si se exige, en caso de fertilización asistida, asentar la firma en una carta de consentimiento plenamente informado tanto de la mujer como de su cónyuge o concubinario, ya que, contando con dicho asentimiento por parte del varón, éste no podrá desconocer la paternidad del hijo, aún cuando desvirtúe la presunción en su contra probando que no tuvo acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos inmediatamente precedentes al nacimiento.

De esta manera, si lo pretendido era contradecir la paternidad del hijo nacido bajo la aplicación de estas nuevas técnicas de asistencia en la reproducción, aduciendo la imposibilidad de contacto físico con la madre del recién nacido, podrá igual lograrlo si no se cuenta con la constancia de haber otorgado su consentimiento para que su esposa o concubina fuera inseminada mediante alguna de las técnicas de reproducción artificialmente lograda; habrá que considerar entonces la posibilidad de la teleinseminación o fertilización a distancia la cual no se encuentra contemplada en nuestra legislación y es posible utilizar para embarazar a la pareja del esposo o concubinario inseminada de esta manera; por ello, pugnamos tanto por la aplicación en nuestro sistema de pruebas científicas para determinar la relación genética entre dos personas como por considerar dentro del Artículo 325 la posibilidad de envío del gameto congelado a distancia para fecundar a su conviviente.

7.2. Supuestos que se dan cuando un tercero aporta espermatozoides fértiles.

En el supuesto que el esposo o concubinario de la mujer a inseminar no aporte espermatozoides fértiles, su pareja puede ser fertilizada, mediante alguna de las nuevas técnicas de reproducción, con el semen de un tercero ajeno a la relación. La cuestión aquí es saber, cuando la receptora del semen a su vez es casada o vive

en concubinato con un tercero ¿qué vínculo jurídico se establece entre el hijo de ella y su esposo o concubinario? Actualmente no se establece ninguna relación filial, pero, de hecho, el padre lo registra a su nombre sin mencionar que el menor es, genética y biológicamente, hijo de un tercero ajeno a la pareja.

Analicemos que acontecería si ese tercero ajeno a la relación, aportante o disponente del espermatozoide con el cual fue fertilizado el óvulo de la esposa o concubina pretendiera excluir de la paternidad a quien se ostenta como padre formal o registral de la criatura pero sin guardar relación biológica o cromosómica con ella.

7.2.1. Exclusión de la paternidad del marido o del concubinario de la mujer que dió a luz mediante la aplicación de técnicas artificiales.

Por los mismos preceptos legales antes invocados -todos del Código Civil- que dan al esposo de la mujer casada la presunción de ser padre si el hijo nace dentro de la temporalidad invocada por el Artículo 324, por la prohibición expresa al Juez del Registro Civil para asentar como padre a otro distinto al marido contenida en el guarismo 63, por la determinación contenida en el numeral 340 en el sentido de probar la filiación de los hijos de matrimonio con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres y por la disposición categórica del diverso Artículo 374 de no poder ser reconocido como hijo por otro

hombre distinto del marido el que lo sea de una mujer casada, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado no ser hijo suyo, nos permiten concluir que la ley protegerá al esposo de la mujer casada inseminada con el esperma de un tercero y será considerado el padre legal de la criatura por el simple hecho de ser su esposa quien lo dió a luz y acudan a registrarlo como hijo de matrimonio.

Pero si aún así, el tercero aportante del esperma pretendiendo excluir la paternidad del esposo o concubinario de la madre, invoca su similitud cromosómica con el menor y propone la realización de las pruebas de identificación científica de parentesco, la de identificación de personas mediante la huella digital del ADN, la de histocompatibilidad de los antígenos HLA, la antropológica o la heredobiológica, consideramos, con fundamento en los artículos antes invocados que su acción no prosperará, pues incluso cuando la madre reconociera que fue inseminada con el esperma de otro hombre distinto a su marido, la legislación ignora tal aseveración al establecer el Artículo 345 de nuestro ordenamiento civil:

“Artículo 345.- 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.”⁽²²⁸⁾

²²⁸ Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Op. Cit.

Es decir, la posibilidad de acción se la deja el numeral citado única y exclusivamente al marido de la madre del menor, razón por la cual, quien lo intentara, estaría carente de la legitimación activa requerida por la ley procesal como presupuesto para ejercitar la acción de exclusión de la paternidad.

En efecto, la legitimación constituye un presupuesto de la acción y puede ser *ad causam* y *ad procesum*. La primera contempla la relación sustancial y la segunda es un presupuesto procesal requerido para ejecutar actos dentro de un juicio, dentro de un proceso como dice Cipriano Gómez Lara: "...Debemos subrayar la importancia que tiene el concepto de legitimación, con el concepto de *pretensión*. En efecto, la *pretensión* como una conducta, como un querer, sólo encuentra justificación si está legitimada, es decir, la legitimación es la fundamentación de una *pretensión*, o sea, la razón legal de esa *pretensión*, por lo que debemos deducir que las reglas sobre la legitimación están destinadas a establecer que sujetos y bajo que condiciones, pueden pretender la sujeción de otros intereses ajenos a los suyos."⁽²²⁹⁾

A su vez, la legitimación puede ser activa o pasiva; la primera corresponde a la persona del actor en cuyo favor está la ley, mientras la pasiva es

²²⁹ Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso*. Textos Universitarios. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Distrito Federal. p. 224.

la identidad del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley. En el presente caso, la legislación únicamente legitima al esposo de la madre para reclamar contra la filiación de un hijo concebido durante el matrimonio y no faculta a nadie más para intentar tal exclusión.

Pero, si la ley privilegia el vínculo biológico en la relación filial -el descender una persona de la otra- si regula una situación de hecho -la procreación- y si en el caso planteado no hay ese vínculo biológico-genético y se está incluso ante la posibilidad de intento de exclusión de la paternidad del esposo o concubinario de la madre por parte de quien aportó la célula germinal y quien es además realmente el progenitor de la criatura, vemos entonces la indefensión jurídica en la cual se encuentra quien consintió el embarazo de su pareja con la finalidad de incorporar al hijo plenamente al hogar y volvemos a nuestro planteamiento de la necesidad de actualizar la legislación en lo referido a la filiación, pues en el acta de nacimiento se pondrá hijo de ___(madre) y de ___(padre), sin serlo, realmente, este último, incurriendo de nuevo en el llamado fraude a la ley.

¿Quién con más méritos para ser padre que quien, sabiendo su problemática para conseguir la reproducción, consiente en la inseminación de su pareja con el espermatozoides de un tercero? y sin embargo ese marido o concubinario,

estará siempre con la incertidumbre de, al no haber sido él quien aportó el material genético para lograr la concepción del nuevo ser, aparezca quien si lo aportó a disputarle la paternidad; contémplese tan sólo la posibilidad de, por algún golpe de la suerte el menor se haga de recursos y quien aportó el gameto masculino se entere, pretendiendo se le reconozca como progenitor, basado para ello en el vínculo biológico-genético, demostrable por lo demás con el menor, habiendo aceptado previamente la libre disposición de los gametos por él aportados.

Por ello proponemos el establecimiento de una nueva fuente de filiación que privilegie el consentimiento expresado de manera libre, informada y razonada, por parte de quien decidió traer un nuevo ser al mundo, quien deberá gozar plenamente de dicha relación y asumir de igual manera las obligaciones inherentes a ello; esa nueva fuente de filiación deberá excluir a quien sólo haya aportado sus gametos de los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad. Esta propuesta la abordaremos a detalle en nuestro siguiente apartado.

CAPITULO OCTAVO

HACIA UNA NUEVA FUENTE DE FILIACIÓN

El derecho a la reproducción contemplado en el Artículo 4º Constitucional, no limita el acto de procreación de los mexicanos a la existencia de matrimonio, o a continuar la especie por relación sexual exclusivamente. Por ende, cualquier persona, soltera o casada, puede acudir a la utilización de técnicas artificiales para lograr el embarazo y posterior alumbramiento, con la limitante, en el caso de la mujer casada, de no poder otorgar su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge, de acuerdo con el artículo 466 de la Ley General de Salud ya citado.

Pongamos el caso del hombre soltero que quiere tener descendencia pero no desea casarse, ni tener relación sexual con la mujer -libre de matrimonio- a quien escogió para implantarle de manera artificial, su célula reproductora; nada impedirá, si ella lo consiente, tal acuerdo de voluntades, entre dos personas mayores de edad, sanas física y mentalmente, informadas a detalle y quienes, sin coacción de ninguna especie, convienen lo relativo a ese embarazo y posterior alumbramiento. La situación legal para ambos progenitores, será la observancia de

los respectivos derechos y obligaciones de índole filial, respecto a esa criatura, ya que entre ambos lo procrearon. No cabrá la renuncia por parte de la madre o del padre a esos derechos y deberes compartidos porque existe una responsabilidad imputada por la ley hacia ellos, pero no podrá impedirseles conseguir la reproducción de esta manera, ya que en uso de su derecho a reproducirse, optan por tal método artificial.

Distinta es la hipótesis del esposo de la madre, quien acepta que su cónyuge sea inseminada con el espermatozoides de un tercero ajeno a la relación y quien, como decíamos antes, se encuentra en la incertidumbre de un posible intento de exclusión de la paternidad ostentada -sin realmente haber procreado- por parte de quien aportó la célula germinal y quien es además, en realidad, el padre biológico de la criatura.

Por ello proponemos una nueva fuente de filiación que privilegie el consentimiento expresado de manera libre, informada y razonada, por parte de quien decidió traer un nuevo ser al mundo, quien deberá, asumiendo íntegramente tal decisión, gozar de manera plena de dicha relación y afrontar de igual manera las obligaciones inherentes a ello; esa nueva fuente de filiación, decíamos, deberá excluir a quien sólo haya aportado sus gametos de los derechos y obligaciones inherentes a la paternidad.

Es necesario considerar una nueva filiación voluntaria, agregada a la consensual o consentida como lo son la propia adopción y aún el reconocimiento y por ella la pareja casada podrá optar, si desean tener un hijo mediante alguna de las nuevas técnicas de reproducción asistida y con la utilización de gametos de terceros ajenos a dicha relación. Una vez tomada la decisión, podrán acudir a cualquier centro de atención de este tipo de problemática y hacerse sabedores de la técnica de aplicación de cualesquiera de los procedimientos de reproducción actualmente conocidos y optar por alguno de ellos. Tal información será la referida al banco de semen y los tipos de raza, color de piel, edad, grado de fertilidad de uno o más posibles aportantes de semen, cuyas características coincidan con las de la pareja, para determinar cual es el esperma que permitirá procrear a un nuevo ser, lo más acorde a la situación somáto-biopsico-social de la pareja en particular.

Practicados los análisis pertinentes y llevada a cabo con éxito cualquiera de las técnicas, corroborado el hecho de encontrarse encinta la mujer y, finalmente, logrado el nacimiento del nuevo ser, la pareja podrá registrarlo a su nombre y será el esposo de la madre el padre consensual, con todos los derechos y deberes inherentes a un padre biológico.

Esa calidad, permitirá excluir de todos los derechos -y también de las obligaciones- al tercero aportante del semen, quien no estará en aptitud de intentar probar su relación biológica con el menor o bien de excluir de la paternidad al esposo y reclamar los derechos implícitos a dicha relación. Al efecto, y dada la posibilidad de abusar de este nuevo tipo de filiación, habría que legislar cuidadosamente los controles a observar, principalmente por las clínicas en donde se apliquen estas técnicas de reproducción asistida.

Por todo ello, pasamos a nuestro capítulo de propuestas en donde analizaremos las reformas que consideramos pertinentes a diversas legislaciones.

8.1. Propuestas de reformas a la Ley General de Salud.

Proponemos derogar el segundo párrafo del Artículo 466 de La Ley General de Salud, porque es una norma imperfecta, carece de penalidad y, ante la eventualidad de que la mujer casada otorgue su consentimiento para ser inseminada, sin la conformidad de su cónyuge, no acontecerá nada y, más aún, es discriminatoria, al no contemplar los otros supuestos de mujer soltera, concubina, divorciada, amasia decididas a inseminarse, y, finalmente, por proponerse, en este mismo estudio, más adelante, como causal de divorcio el hecho de inseminarse la

mujer sin la autorización del marido; así, proponemos la siguiente redacción para el citado artículo 466 de La Ley General de Salud:

“Artículo 466.- Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años”.

De esta manera evitamos también la simulación en la cual se obliga a las mujeres casadas a incurrir, al no obtener el consentimiento de su marido para inseminarse y los riesgos inherentes a ello, permitiéndoles tomar una decisión trascendente en su vida matrimonial pero libre como persona y no sujeta a la posibilidad de una sanción penal.

8.2. Propuestas de reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos.

El Reglamento en cita debe ser congruente con la ley General de Salud de la cual emana. Por ello, consideramos, hasta en tanto ésta no sea reformada, aquél debe contemplar el concepto preembrión y respetar las temporalidades dadas en la Ley al propio preembrión, embrión y feto.

Así, para el Artículo 6º. del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, Tejidos y cadáveres de seres humanos, proponemos reformar las fracciones XIII, XIV Y XV, bajo la siguiente redacción en la cual se contempla ya el concepto preembrión:

ARTICULO 6o.- Para los efectos de este Reglamento, se entiende por:

XIII.- preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

XIV.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

XV.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno;

Se requiere también legislar en materia de disposición de células germinales y preembriones, a fin de regular el uso de ellos en establecimientos controlados a detalle por las autoridades y por profesionales con perfiles tanto éticos como de conocimiento profesional y especializado en la materia. En estas

clínicas se deberá contar con comisiones de vigilancia, con un encargado de la aplicación de los programas, con registros indispensables, etc.

Por ello, proponemos adicionar al propio Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, un Capítulo a denominar **“DE LA DISPOSICIÓN DE CÉLULAS GERMINALES Y PREEMBRIONES CON FINES DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA”** cuya fundamentación la encontramos en el contenido de los Artículos 313 y 314 de la Ley General de Salud, y, concretamente, en el Artículo 349 del mismo ordenamiento legal el cual establece:

“ARTICULO 349.- Para el control sanitario de la disposición del preembrión, del embrión y de las células germinales, se estará a lo dispuesto en esta ley, en lo que resulte aplicable, y en las demás disposiciones reglamentarias que al efecto se expidan”.

El capítulo propuesto sería del tenor siguiente:

“DE LA DISPOSICIÓN DE LAS CÉLULAS GERMINALES Y PREEMBRIONES CON FINES DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA.”

Artículo .- La disposición de células germinales y preembriones sólo podrá realizarse en unidades hospitalarias expresamente autorizados para

tal fin por la Secretaría y mediante el cumplimiento de los requisitos que se establecen en el presente Reglamento.

Artículo .- La Fertilización asistida podrá ser homóloga o heteróloga. Es homóloga cuando se realiza con gametos provenientes de la propia pareja; es heteróloga cuando alguno de los gametos no proviene de la pareja.

Artículo .- La disposición de gametos deberá ser gratuita e incondicional. Un disponente dentro del procedimiento heterólogo puede revocar su consentimiento en cualquier momento anterior a la obtención de alguna de las muestras que se requieran.

El registro de los datos de identificación de los disponentes tendrá carácter confidencial y deberá conservarse por un periodo mínimo de cinco años.

El personal del establecimiento en el cual se practiquen las técnicas de reproducción asistida deberá mantener la confidencialidad de esta información.

Artículo .- El disponente de gametos para fertilización asistida heteróloga deberá cumplir los siguientes requisitos;

- I.- Tener más de 18 años y menos de 45;
- II.- Contar con dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psicológico.
- IV.- Contar con exámenes de laboratorio.
- V.- Otorgar carta de consentimiento informado.

VI.- Los demás que señalen, la Ley, y las disposiciones generales aplicables.

Artículo .- La disposición de gametos para fertilización asistida se realizará previo consentimiento del disponente, mediante documento que deberá contener lo siguiente:

I.- Nombre completo del disponente originario;

II.- Sexo;

III.- Edad;

IV.- Domicilio;

V.- Ocupación

VI.- Estado civil;

VII.- El señalamiento de que por propia voluntad y a título gratuito, consiente en la disposición de gametos.

VIII.- El señalamiento de haber recibido información a su satisfacción.

IX.- Lugar y fecha en que se emite;

X.- Firma, y

XI.- Firma de dos testigos idóneos.

Artículo .- Los gametos y preembriones no podrán salir o internarse al territorio nacional sin permiso previo de la Secretaría de Salud, de acuerdo con los requisitos que marca la ley, este reglamento y además disposiciones generales aplicables.

De esta manera, tendremos un marco a observar para la adecuada disposición de las células germinales en nuestro País, al tener carácter federal la Ley General de Salud y sus reglamentos.

8.3. Propuestas de reformas al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud.

También es necesario uniformar al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación para la salud con la ley General de Salud a la cual no puede contradecir, como lo hace actualmente, por emanar de ella; por ello, hasta en tanto no sea reformada la Ley, debe contemplar también el concepto preembrión y respetar las temporalidades dadas en la Ley al propio preembrión, embrión y feto, por ello proponemos reformar las fracciones III y IV de su Artículo 40 adicionándole además una fracción para quedar como sigue:

ARTICULO 40.- Para los efectos de este Reglamento se entiende por:

I.- Mujeres en edad fértil.- Desde el inicio de la pubertad hasta el inicio de la menopausia;

II.- Embarazo.- Es el período comprendido desde la fecundación del óvulo (evidencia por cualquier signo o síntoma presuntivo de embarazo, como suspensión de menstruación o prueba positiva del embarazo médicamente aceptada) hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

III.- preembrión: El producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación;

IV.- Embrión: El producto de la concepción a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional;

V.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décima tercera semana de edad gestacional, hasta la expulsión del seno materno.

VI.- Obito fetal.- La muerte del feto en el útero.

VII.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción del seno materno, cuando después de dicha separación respire y lata el corazón, se haya o no cortado el cordón umbilical y esté o no desprendida la placenta;

VIII.- Nacimiento vivo.- Es la expulsión o extracción completa del producto de la concepción del seno materno

IX.- Trabajo de parto.- Es el período comprendido desde el inicio de las contracciones uterinas (con características progresivas de intensidad, irradiación y duración) y que termina con la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

X.- Puerperio.- Es el período que se inicia con la expulsión o extracción del feto y sus anexos hasta lograr la involución de los cambios gestacionales. (aproximadamente dura 42 días).

XI.- Lactancia.- Es un fenómeno fisiológico en el cual ocurre la secreción láctea a partir de la expulsión o extracción del feto y sus anexos.

XII.- Fertilización asistida.- Es aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización In Vitro.”

Proponemos también diversos cambios en la legislación civil a fin de hacer permisiva esta nueva fuente de filiación, mismos a abordar enseguida. Previamente cabe hacer una reflexión en el sentido de que las parejas sometidas a este tipo de técnicas para lograr su cometido, esto es incorporar un nuevo miembro al hogar, desean a ese dicho hijo plenamente, y no tan solo tenerlo físicamente con la inquietud de la posible exclusión de la paternidad del conviviente con la madre, tampoco aceptarían asentarle mediante un acta de nacimiento en la cual se anotara, por decir algo, "padre consensual" "progenitor responsable" "responsable procreacional", etc., ni ninguna otra denominación que permita identificar al hijo como biológicamente, de un tercero y estigmatizarlo de esta manera cuando se está intentando por un lado borrar la odiosa diferencia legislativa entre los hijos como para ahora retomar las anotaciones especiales en las actas de nacimiento.

Por ello proponemos las reformas al Código Civil sean en forma genérica, esto es, haciendo manifestación a que es hijo de matrimonio o de la pareja que lo presenta al Registro Civil.

8.4. Propuestas de reformas al Código Civil en materia común para el Distrito Federal y para toda la República en materia Federal.-

Proponemos reformar los artículos 292, 293, 325, 326, adicionar un párrafo al artículo 341 así como dos fracciones al Artículo 267 todos del Código Civil, y establecer la temporalidad para ejercitar la acción a contemplar en estas fracciones, ello en el artículo 271 del mismo ordenamiento sustantivo civil. Veamos la argumentación y las propuestas de redacción para cada uno de ellos.

Primeramente es necesario establecer un nuevo parentesco, el consensual, que será establecido entre el menor y el esposo de la madre, cuando éste haya otorgado su consentimiento para fertilizar a su esposa mediante técnicas de reproducción artificial, con el semen de un tercero. En la práctica, el parentesco consensual generaría los mismos derechos y obligaciones que el consanguíneo. Nuestra propuesta es la siguiente:

Artículo 292.- La ley no reconoce más parentesco que los de consanguinidad, consensual, afinidad y el civil.

Artículo 293 bis.- La ley asimila al parentesco de consanguinidad el consensual que es el que se establece entre el hijo y el esposo de la madre, cuando éste haya otorgado su consentimiento para que su esposa sea fertilizada mediante técnicas de reproducción artificial, con el semen de un tercero.

Consideramos al consentimiento del marido como el elemento determinante para el nacimiento del menor, pues la sola voluntad de la cónyuge no sería suficiente para considerarlo como hijo de matrimonio, por el contrario, sería incluso causal de divorcio el hecho de fertilizarse con el semen de un tercero sin el consentimiento de su esposo. De esta manera, la voluntad procreadora externada por el cónyuge varón permitirá incorporar un nuevo ser al hogar común, a quien éste último acoge de manera libre y responsable pues su propio acto de voluntad lo llevó a admitirlo; quiere y acepta ser padre con todas las consecuencias inherentes a tal situación.

También se hace necesario reformar el Artículo 325 del Código Civil a efecto de que la presunción establecida a favor del hijo de serlo de matrimonio, no se destruya cuando el marido simplemente pruebe no haber tenido acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos precedentes al

nacimiento, y podrá sostenerse la paternidad si otorgó su consentimiento para que su esposa fuese fertilizada con el semen de un tercero, o se pruebe su participación en algún programa de fertilización asistida para inseminar a su cónyuge, para quedar como sigue:

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 primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento.

No obstante, la mujer, el hijo o el tutor de éste, pueden sostener la paternidad del marido, cuando éste haya otorgado su consentimiento para que su esposa fuese fertilizada con el semen de un tercero o se pruebe que participó en algún programa de fertilización asistida para *inseminar a su cónyuge*.

En estrecha relación con lo anterior, es necesario reformar el diverso numeral 326 del Código Civil para impedir el desconocimiento del hijo cuando el esposo de la madre otorgó su consentimiento para la fertilización de su esposa con el semen de un tercero o se pruebe que *participó en algún programa de fertilización asistida para inseminar a su cónyuge*, cuya redacción se propone en los siguientes términos:

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. Tampoco podrá desconocerlos cuando haya otorgado su consentimiento para que su esposa fuese fertilizada con el semen de un tercero o haya participado en algún programa de fertilización asistida para inseminar a su cónyuge.

Por otra parte, el artículo 341 del propio Código señala las reglas a observar cuando, en relación con el diverso numeral 340 faltan las actas de nacimiento y de matrimonio de los padres de los hijos nacidos de matrimonio y en su redacción actual establece:

Artículo 341.- A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con 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.

Si uno solo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe el duplicado, de éste deberá tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

Es necesario por ello adicionar un párrafo a este artículo para establecer, sin género de duda, que si el padre otorgó su consentimiento para que su esposa fuera fertilizada artificialmente con el semen de un tercero, también estará probada la filiación, proponemos por ello la siguiente redacción:

Artículo 341.- (...)

(...)

La filiación también quedará demostrada si se prueba que el esposo otorgó su consentimiento para que su cónyuge fuese fertilizada artificialmente con el semen de un tercero.

En materia de divorcio, respecto del Artículo 267 del propio Código, si bien antes criticamos la redacción del segundo párrafo del Artículo 466 de la Ley General de Salud el cual establece: “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”, manifestamos ahora la necesidad de establecer como causal de divorcio el que la mujer se someta, sin el consentimiento de su cónyuge, a la aplicación de cualquier técnica de reproducción artificial, pues de otra manera se incurriría en el absurdo de dar a luz a una criatura extraña a la relación de la pareja cuya presunción de ser de matrimonio deberá destruir el esposo. Por ello, proponemos adicionar al Artículo 267 del Código Civil, una fracción más, para quedar como sigue:

Artículo 267.- Son causales de divorcio:

XXI.- Someterse la mujer a la aplicación de cualquier técnica de reproducción artificial, sin el consentimiento del marido.

El marido incurrirá también en causal de divorcio si dispone de sus gametos para la fertilización de mujer determinada distinta a su cónyuge, sin el consentimiento de aquélla para lo cual proponemos la adición al Artículo antes invocado de la fracción XXII para quedar como sigue:

Artículo 267.- Son causales de divorcio:

XXII.- La Disposición que haga el marido de sus gametos para la fertilización de una mujer determinada, sin el consentimiento de su cónyuge.

Desde luego, la posibilidad de hacer valer estas dos últimas causales no será indefinido, consideramos que seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del hecho, son suficientes para invocarlos en juicio. Por ello, proponemos establecer en el artículo 271, hoy derogado, la siguiente redacción:

Artículo 271.- La acción contemplada en las fracciones XXI y XXII del artículo 267 dura seis meses, contados desde que se tuvo conocimiento del hecho.

De esta manera tendremos una legislación que protegerá a todos los involucrados en la utilización de las nuevas técnicas de reproducción asistida pero, primordialmente a aquellos quienes voluntaria y conscientemente pusieron su empeño para traer un nuevo ser al mundo con la finalidad de darle todo su afecto, cariño y los medios a su alcance para procurarle una vida plena en todos los sentidos; plenitud de la cual, al lado de las obligaciones contraídas a sabiendas, tienen derecho a gozar los usuarios de estas técnicas artificiales de reproducción.

Otro aspecto a considerar en esta materia es si el preembrión puede o no ser señalado como heredero, tanto testamentaria como legitimamente. Hacemos la aclaración, por los conceptos antes vertidos, que no consideramos al óvulo recién fecundado y congelado aún como embrión pues éste, según el artículo 314 la Ley General de Salud será el producto de la concepción pero a partir del inicio de la tercera semana de gestación y hasta el término de la décima segunda semana gestacional y, al quedar en vida suspendida, sigue bajo el concepto de preembrión -el producto de la concepción hasta el término de la segunda semana de gestación- hasta su implante y desarrollo en el útero y llegar a la temporalidad citada.

La controversia, en este caso, gira alrededor de si existe vida en el óvulo recién fecundado -recordemos que se le congela tan pronto como se detecta la fertilización- apenas con la característica de preembrión, pues el resolver tal aspecto permitirá saber si el concepto se encuentra bajo la protección de las leyes o no.

Consideramos que inmediatamente cuando el óvulo empieza a segmentarse -durante el viaje de la Trompa de Falopio, donde ocurrió la fecundación, hasta su implantación en el útero-, en varias células, lo cual ocurre entre 11 y 18 horas después de haber sido penetrado por el espermatozoide, el individuo está concebido, independientemente de las demás consideraciones al respecto, es decir la consideración de persona concebida hasta que es viable, lo cual puede ocurrir hasta que se forma el sistema nervioso, hasta cuando nace, etc.

Por ello, cuando el Código Civil establece la protección al individuo concebido y, más aún, lo tiene por nacido, consideramos que el preembrión entra dentro de esta categoría, pues la ley no hace distinciones:

ARTICULO 22.- La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección

de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

Desde luego, el no nacer no lo puede hacer adquirir capacidad jurídica y nunca será capaz de suceder a quienes lo hayan formado, como lo establece el Artículo 1,314 en relación con el 337, ambos del Código Civil, mismos que a la letra, dicen:

ARTICULO 1,314.- Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337.

ARTICULO 337.- Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad.

Es decir, para poder heredar el preembrión necesitaría capacidad jurídica y para ello requiere nacer, vivir 24 horas o ser presentado vivo al registro civil, de otra manera no cubrirá esa exigencia legal para suceder a otra persona.

Conclusiones

PRIMERA.- En nuestro país funcionan clínicas públicas y privadas, donde se aplican técnicas para la fertilización, así como laboratorios denominados “bancos de semen” para conservar espermatozoides congelados en nitrógeno líquido, utilizados en programas de fertilización a mujeres con pareja no apta para aportar espermatozoides móviles o bien a solteras requerientes de apoyo en el mismo sentido. Igualmente la aportación de la célula germinal por un tercero extraño a la pareja es ya práctica común en México quedando desprotegidos jurídicamente quienes en ella participan. El menor tendrá con su madre una relación cromosómica, porque ella aporta el óvulo fertilizado artificialmente, pero su pareja hombre no realiza aportación alguna, es decir, el hijo de su mujer no tiene vínculo procreatorio con él.

SEGUNDA.- En México se da la gestación por encargo, en un promedio de 10 casos por año; sin embargo la denominación de madre subrogada es inadecuada para la gestante, ya que no son aplicables los artículos referidos a la figura de la subrogación a quien pretende invocarla para fines diversos a los señalados en la Segunda Parte del Libro Cuarto del en el Código Civil para el Distrito Federal apartado referido a la Transmisión de las Obligaciones, concretamente al cambio

de un acreedor por otro, por ello, consideramos más adecuada la denominación de madre gestante.

TERCERA.- El acuerdo de voluntades exteriorizado para el implante del óvulo en el útero de una persona extraña a la pareja, el cuidado durante la gestación del nuevo ser, el alumbramiento y el compromiso de su entrega a la madre genética, no reviste la categoría de contrato y deberemos estar a las reglas que para establecer la filiación fija nuestro Código Civil.

CUARTA.- La mujer soltera que consienta el implante del embrión creado con el óvulo y el espermatozoide de otra pareja, será, para nuestra legislación, la madre legal. Podrá además, mantener la custodia del menor, a menos que se pruebe la inconveniencia de tal hecho, y está legitimada para contradecir el reconocimiento hecho o que se pretenda hacer de ese niño. El aportante de la célula masculina para conseguir el embrión, podrá aparecer como padre de la criatura, pero la madre genética quedará excluida de tal beneficio. Más aún, si el padre no accede a reconocerlo voluntariamente, la madre gestante puede demandar el reconocimiento de la paternidad en función a ser realmente el progenitor y estará en posibilidades de demostrarlo con pruebas biológicas.

QUINTA.- La tercera ajena a la relación que aporta el óvulo para inseminar a una mujer casada, no tendrá derecho para exigir el reconocimiento de su maternidad ante la madre gestante del menor, toda vez que la legislación común civil del Distrito Federal reconoce como madre legal a quien alumbró al hijo.

SEXTA.- La legislación mexicana en materia de salud reproductiva, permite la inseminación con semen de un tercero a la mujer casada al definir la fracción XI del Artículo 40 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud a la Fertilización Asistida, como aquella en la cual la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye la fertilización In Vitro; es decir, reconoce la posibilidad de utilizar algún método artificial para la fertilización del óvulo y más aún, autoriza la inseminación heteróloga, en la cual no se utiliza el semen de la pareja de la mujer a inseminar, sino el de un tercero distinto a la relación. Por ello, si es válido inseminar a la cónyuge con el semen de un tercero, también lo es encargar a otra persona la gestación del nuevo ser producido con óvulo y espermatozoides de la propia pareja, porque se está en el supuesto de hacer valer la garantía de reproducción con la asistencia de una tercera quien facilitará su vientre para conseguir la gestación de la criatura mediante la transferencia de un embrión fertilizado In Vitro. Todo ello encuentra fundamento en el derecho de los mexicanos, a la reproducción, consagrado en nuestra Carta Magna.

SÉPTIMA.- La denominación de donante, como se ha dado en llamar al hombre que aporta las células germinales, es jurídicamente incorrecta y la adecuada es la que utiliza la Ley General de Salud en sus artículos 315 y 316 y el Reglamento de la propia Ley en materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos en sus artículos del 10 al 15, es decir la de donante de los productos de su propio cuerpo, entre los que se encuentran los gametos o células reproductoras masculinas o femeninas.

OCTAVA.- Es necesario integrar una nueva fuente de filiación voluntaria, agregada a la consensual dada en la adopción o el reconocimiento. Así la pareja casada podrá tener un hijo mediante alguna de las nuevas técnicas de reproducción asistida con la utilización de gametos de terceros ajenos a dicha relación, acudiendo a cualquier centro de atención a parejas infértiles, para conocer las técnicas y los procedimientos de reproducción actualmente utilizados y optar por alguno de ellos, la información sobre el banco de semen y los tipos de raza, color de piel, edad, grado de fertilidad de uno o más de los posibles aportantes de células germinales, cuyas características coincidan con las de la pareja, para determinar cual es el espermatozoide idóneo para procrear un ser lo más acorde a la situación de la pareja en particular.

NOVENA.- Es necesario establecer un nuevo parentesco, el consensual, que será el establecido entre el menor y el esposo de la madre, cuando éste haya otorgado su consentimiento para fertilizar a su esposa mediante técnicas de reproducción artificial, con el semen de un tercero. Según la propuesta, el parentesco consensual tendrá los mismos derechos y obligaciones que el consanguíneo.

DÉCIMA.- Los Reglamentos de la Ley General de Salud tanto en materia de disposición de órganos, Tejidos y cadáveres de seres humanos, como en materia de investigación para la salud deben contemplar tanto el concepto preembrión, como respetar las temporalidades dadas en la Ley al propio preembrión, embrión y feto.

DÉCIMA PRIMERA.- Se propone agregar al Reglamento de la Ley General de Salud en materia de disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos, un Capítulo a denominar “DE LA DISPOSICIÓN DE CÉLULAS GERMINALES Y PREEMBRIONES CON FINES DE FERTILIZACIÓN ASISTIDA” a fin de regular su uso en establecimientos controlados por las autoridades y por profesionales con perfiles tanto éticos como de conocimiento profesional y especializado en la materia.

DÉCIMA SEGUNDA.- El derecho a la reproducción contemplado en el Artículo Cuarto Constitucional no limita el acto de procreación de los mexicanos a la

existencia de matrimonio, o a continuar la especie por relación sexual exclusivamente, por ende, cualquier persona, soltera o casada puede acudir a la utilización de técnicas artificiales para lograr el embarazo y posterior alumbramiento, con la limitante, en el caso de la mujer casada, de no poder otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge, de acuerdo con el último párrafo del Artículo 466 de la Ley General de Salud.

DÉCIMA TERCERA.-- Es necesario reformar el artículo 325 del Código Civil a efecto de que la presunción establecida a favor del hijo de serlo de matrimonio no se destruya cuando el marido simplemente pruebe no haber tenido acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos precedentes al nacimiento, y podrá sostenérsele la paternidad si otorgó su consentimiento para que su esposa fuese fertilizada con el semen de un tercero o se pruebe su participación en algún programa de fertilización asistida para inseminar a su cónyuge.

DÉCIMA CUARTA.- Se propone establecer como causal de divorcio el hecho de que la mujer se someta, sin el consentimiento de su cónyuge, a la aplicación de cualquier técnica de reproducción artificial, pues de otra manera se incurriría en el absurdo de dar a luz a una criatura extraña a la relación de la pareja cuya presunción de ser de matrimonio deberá destruir el esposo. El marido incurrirá

también en dicha causal si dispone de sus gametos para la fertilización de mujer determinada distinta a su cónyuge, sin el consentimiento de aquélla.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alvarez Gayou, Juan Luis y Mazin R., Rafael. *Elementos de Sexología*. Ed. Interamericana. México 1972.
2. Arellano García, Carlos. *Derecho Internacional Privado*. Ed. Porrúa, S. A. México 1981.
3. Baker, Jeffrey J.W. *Materia, Energía y Vida*. Ed. Fondo Educativo Interamericano. México 1976.
4. Blankstein, J., Shlomo, M. y Lunenfeld, B. *Ovulation Induction and In vitro Fertilization*. Year Book Medical Publishers, Inc. Chicago-London.
5. Bonnecase, Julián. *La Escuela de la Exégesis*. Ed. Cajica. Puebla, México 1944.
6. Borja Soriano, Manuel. *Teoría General de las Obligaciones*. Ed. Porrúa, S. A. México 1968.
7. Cruz Ulloa, Susana y Arechavaleta, Yolanda. *Textos de Biología*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1979.
8. Chávez Asencio, Manuel. *La Familia en el Derecho*. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Ed. Porrúa, S.A., México 1987.
9. Chirino Castillo, Joel. *Derecho Civil III. Contratos Civiles*. Ed. Mcgraw-Hill Interamericana de México S.A., de C.V. México, Distrito Federal, 1996.
10. De Pina Vara, Rafael. *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. Introducción, Personas, Familia. Ed. Porrúa, S. A. México 1978.

11. Díaz Franco, Edgar Cuauhtémoc. *Inseminación Asistida. Sus aspectos emocionales y su manejo en grupo.* Tesis para obtener el diploma en la Especialidad en Psicología clínica y psicoterapia de grupo en instituciones. Universidad Nacional Autónoma de México. Facultad de Psicología. México, 1992.
12. Flores Tamez, Homero. *Inseminación Intratubaria Translaparoscópica.* Tesis para obtener el título de especialista en Ginecología y Obstetricia. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto Nacional de Perinatología. México, 1989.
13. Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho Civil. Primer Curso, Parte General, Personas, Familia.* Ed. Porrúa, S. A. México 1980.
14. Gafo, Javier. *Problemas Éticos de las Nuevas Técnicas de Reproducción Humana.* Madrid. Sociedad de Educación Atenas, 1987.
15. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz. *La Fecundación In Vitro y la Filiación.* Editorial Jurídica de Chile. Santiago 1993.
16. Gómez Lara, Cipriano. *Teoría General del Proceso.* Textos Universitarios. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México, Distrito Federal.
17. González, María del Refugio. *El Derecho Civil en México 1821-1871.* Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México 1988.
18. Gotwald, William H. Jr. y Golden, Gale Holtz. *Sexualidad, la Experiencia Humana.* Traducción de Antonio Garst Thalheimer. Ed. El Manual Moderno. México, D.F. - Santafé de Bogotá 1993.
19. Güitrón Fuentesvilla, Julián. *¿Qué es el Derecho Familiar?* Ed. Promociones Jurídica y Culturales, S.C., Segundo Volumen. México, 1992.

20. Güitrón Fuentesvilla, Julián. *Marco Legal en la Regulación de la Reproductividad*. Dentro de Antología de la Sexualidad Humana publicaciones del Consejo Nacional de Población. Miguel Ángel Porrúa Librero Editor. México, Distrito Federal, 1994.
21. Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. Ed. Porrúa, S.A. México, 1993.
22. Gutiérrez y González, Ernesto. *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Cajica, S.A. Puebla, México. 1981.
23. Hernández Gil, Antonio. *Metodología del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid 1945.
24. Jacques, Soustelle. *La Vida Cotidiana de los Aztecas*. Fondo de Cultura Económica. México 1980.
25. Juenger, Frederick K. *Dos Culturas Jurídicas*. Derecho Constitucional Comparado México-Estados Unidos. Tomo I. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1990.
26. Katchadourian, Herant A. & Lunde Donald T. *Fundamentals of Human Sexuality*. Ed. Holt, Rinehart and Winston. Stanford University 1992.
27. Langman, Jan. *Embriología Médica*. Ed. Interamericana. México 1976.
28. Lazcano-Araujo, Antonio. *El Origen de la Vida*. Ed. Adicol, S.A. México 1977.
29. López Gómez y Gisbert, Calabuig: *Tratado de Medicina Legal*, Editorial Saber, Valencia, España, 1962.
30. Macedo S., Miguel. *Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano*. Ed. Nacional México, 1931.

31. Magallón Ibarra, Jorge Mario. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de Familia. Ed. Porrúa, S. A. México 1988.
32. Masters, W.H. y Johnson, V.E. *Human Sexual Response*. Little Brown and Co. Boston 1966.
33. Minguijón, Salvador. *Historia del Derecho Español*. Ed. Labor, S. A. Barcelona, España 1933.
34. Ovalle Fabela, José. *Derecho Procesal Civil*. Colección Textos Jurídicos Universitarios. Ed. Harla, S. A. México 1984.
35. Pacheco, José Francisco. *Los Códigos Españoles Concordados y Anotados*. Imprenta de Publicidad. Madrid 1847.
36. Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo I. Traducción de José María Cajica Jr. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana, B. C. México 1991.
37. Planiol, Marcel. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo II. Traducción de José María Cajica Jr. Ed. Cárdenas, Editor y Distribuidor. Tijuana, B. C., México 1991.
38. Perelman, Chaïm. *La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Ed. Civitas. Madrid, España. Sin fecha de edición.
39. Pérez Peña, Efraim. *Infertilidad, Esterilidad, y Endocrinología en la Reproducción*. Salvat Mexicana Editores, S. A. de C. V. México 1981.
40. Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Ed. Porrúa, S. A. Novena Edición. México 1992.
41. Ribes, David. *Proyecto Genoma*. Colección Biblioteca Básica de Espacio y Tiempo. Ed. Espacio y Tiempo, S.A. Madrid, España, s/fecha de edición.

42. Rivero Hernández, Francisco. *La presunción de la paternidad legítima*, Ed. Tecnos, 1971, Madrid.
43. Rojina Villegas, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo I. Introducción, Personas y Familia. Ed. Porrúa, S. A. México 1978.
44. Sánchez Meda, Ramón. *De los Contratos Cíviles*. Ed. Porrúa, S. A. México 1978.
45. Saporono, Aldo. *Nuestra Salud*. La Gran Enciclopedia Médica de la Familia. T. I. Ed. De Vecchi, S. A., Barcelona, España.
46. Schellen, A.M. *Artificial Insemination in the Human*. Elsevier Publishing Company, Amsterdam, Houston, London, New York, 1957.
47. Soberanes Fernández, José Luis. *Historia del Sistema Jurídico Mexicano*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1990.
48. Soto la Madrid, Miguel Angel. *Biogenética, Filiación y Delito. La Fecundación Artificial y la Experimentación Genética ante el Derecho*. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina 1990.
49. Straus, Lorna P. *Compton's Interactive, Encyclopedia*. Ed. Compton's NewMedia, Inc. Carlsbad, Nuevo Mexico, USA, 1992.
50. Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho*. Ed. Themis. México s/f.
51. Verruno, Luis y J.C., Emilio. *Manual para la Investigación de la Filiación*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1985.

HEMEROGRAFÍA

1. Berumen Campos, Jaime. *El Análisis del Ácido Desoxirribonucleico -ADN- en la identificación de individuos*. Publicaciones del Departamento de Biología molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea. Revista Ciencia y Desarrollo, Julio/Agosto. 1993. México, 1993.
2. Berumen Campos, Jaime, Casas-Ávila, Leonora y otros. *Diversidad Genética de tres sondas de DNA en la huella digital de DNA de una población mexicana*. Publicaciones del Departamento de Biología molecular de la Escuela Militar de Graduados de Sanidad y de la Escuela Médico Militar de la Universidad del Ejército y Fuerza Aérea. Revista Investigación Clínica, Vol. 46, No. 6, Noviembre-Diciembre, 1994. México, 1994.
3. De Lorenzo, Antonio y De Lorenzo, Jaime: *El HLA, prueba decisiva en la determinación de la paternidad*, *Tribuna Médica*, núm. 928, año XIX, Madrid, 15 de enero de 1982.
4. Feit Pedro, León. *Distintos Aspectos del Problema de la Inseminación en los Seres Humanos*. Cuadernos de los Institutos. No. 87. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina 1966.
5. Herbert Rojas, Alfredo. *Infertilidad*. Trabajos del Curso de Ginecología y Obstetricia. Instituto Nacional de Perinatología. México, 1995.
6. Huisman G.J., Leerentveld R.A., Verhoeft, A. y Zeilmaker, G.H. *Assisted Procreation*. Departament of Obstetrics and Gynaecology, Academic, Hospital Rotterdam Dijkzigt, and Department of Gynaecology, Zuiderziekenhuis, Rotterdam, The Netherlands.
7. Isidori, Aldo. *La inseminación Artificial Homóloga y heteróloga en la esterilidad masculina*. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica. Volumen V, Número II, Abril.- Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università del sacro Cuore, Roma, coedición con la Escuela de Medicina de la Universidad Anáhuac. Italia-México, Junio 1994.

8. Gati, Hugo. *La Familia y la Técnica Actual*. Revista del Instituto de Derecho Comparado. México Año XIV, No. 41, Mayo-Agosto 1961.
9. Gutiérrez Najar, Alfonso. *Reproducción y Genética*. Publicación Bimestral del Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados. Año 1 No. 2, México, Septiembre 1995.
10. Gutiérrez Najar, Alfonso. *Revista de Reproducción y Genética*. Publicación Bimestral del Grupo de Reproducción y Genética AGN y Asociados. Año 1 No. 8, México, Septiembre 1996.
11. MacGregor Sánchez Narro, Carlos. *Esterilidad*. Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM. México. Vol. XXIII, año 23, núm. 4, 1980.
12. Mordechai Halperin, M.D., *In-Vitro Fertilization, Embryo Transfer and Embryo Freezing*, in *An International Colloquium On Medicine, Ethics & Jewish Law* M. Halperin, M.D. ed., 1993.
13. Pérez Duarte y Noroña, Alicia. *La Maternidad. ¿Es siempre Cierta? (La Modernización del Derecho frente a los avances científicos)*. Boletín del Instituto Mexicano de Derecho Comparado, Número 65, Mayo-Agosto 1989, México.
14. Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena. *El impacto de las nuevas tecnologías reproductivas en la familia: presente y futuro*. Consultado en Internet, bajo la clave: <http://info.juridicas.unam.mx/dirinfo/invest/duarte.htm>"
15. Ruiz Velasco, Víctor. *Revista de Ginecología y Obstetricia de México*. V. 39, año XXXI, No. 24, México. Mayo 1976.
16. Schenker G., Joseph y Frenkel A. David. *Medico Legal aspects of In Vitro Fertilization and Embryo Transfer Practice*. *Obstetrical and Gynecological Survey Review*. Vol. 41, No. 7. Department of obstetrics and Gynecology, Hadassah University Hospital, Jerusalem, and faculty of Health Sciences, Ben Gurion University, Beer Sheva, Israel.

17. Sterling Berger, Gary. *Intratubal Insemination*. The American Fertility Society Review. Vol 48, No. 2, North Carolina, August 1987.
18. Van Leeuwen, W.C.J. *Normas Morales y Reglas de Interpretación en el Derecho de Contratos*. Revista del Instituto de Derecho Comparado. Consejo Superior de Investigaciones Científicas No. 2, Enero-Junio 1954. Barcelona, España.
19. Villanueva y Castellano, José. *La investigación de la paternidad ante la nueva perspectiva constitucional*, Memorias del III Congreso de Medicina Legal y Social. Madrid, Diciembre 1979.
20. Zatti, Mario. *Preembrión. Se trata de un Embrión*. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Etica Médica. Volumen VIII, Número II, Febrero.- Facoltà di Medicina e Chirurgia dell'Università del sacro Cuore, Roma, coedición con la Escuela de Medicina de la Universidad Anáhuac. Italia-México, Febrero de 1992.

DICIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

1. *Compton's Interactive, Enciclopedia*. Ed. Compton's NewMedia, Inc. Carlsbad, Nuevo Mexico, USA, 1992.
2. *Diccionario Enciclopédico Quillet*. Editorial Cumbre, S.A. Tomos IV y VII. México 1988.
3. *Diccionario Enciclopédico de las Ciencias Médicas*. Ed. Mc. Graw-Hill. México 1989.
4. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomos I, II, III y IV. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. Ed. Porrúa, S. A.

5. *Diccionario para Juristas*. Mayo Editores, S. de R. L. México 1981.
6. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Tomo II. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, España, 1984.
7. *Diccionario de Medicina*, Editorial Marín, S.A., Barcelona, España, 1986.
8. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XII. Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, 1980,
9. *Enciclopedia Médica de la Familia Nuestra Salud*. T. I. Ed. De Vecchi, S. A., Barcelona, España.
10. *Enciclopedia Microsoft® Encarta® 97* Diccionario Actual de la Lengua Española, © 1995 Bibliograf, S.A., Barcelona, España.
11. *Medicina y Salud*. Diccionario Enciclopédico Lexis 22. Ed. Círculo de Lectores, S. A. Barcelona, España 1979.

LEGISLACIÓN

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997.
2. *Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, y su Interpretación por el Poder Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM, México 1996.
3. *Código Civil de la República Argentina*. Vigésimoctava Edición. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1994.

4. Código de Familia de la República de Bolivia. Ed. Serrano Lida. Cochabamba, Bolivia, 1995.
5. Código Civil del Estado de California, Estados Unidos de América. localizado en internet con la clave http://www.leginfo.ca.gov/html/ccp_table_of_contents.html.
6. Código Civil de la República de Colombia. Cuarta Edición. Ed. Leyer. Bogotá, 1993.
7. Código de Familia de la República de Costa Rica. Ed. Lehmann, S. A., División de Librería, Imprenta y Litografía. San José, 1989.
8. Código de Familia de la República de Cuba. Ed. Organo de Divulgación del Ministerio de Justicia. Santiago de Cuba, 1989.
9. Código Civil de la República Dominicana. Segunda Edición. Ed. Espaillat. Santo Domingo, 1993.
10. Código Civil de la República del Ecuador. Edición actualizada. Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, 1993.
11. Código Civil Español. Decimoquinta Edición. Ediciones del Gabinete Técnico del Boletín Oficial del Estado. Madrid, 1989.
12. Código Civil Francés. Nonagésima Tercera Edición. Editorial Dalloz Ediciones. París, 1994.
13. Legislación Familiar del Estado de Hidalgo. Ediciones del Gobierno del Estado de Hidalgo. Pachuca de Soto, Hidalgo, México 1983.
14. Código Civil de la República de Italia. Editorial Casa Editrice La Tribuna. Roma, 1990.
15. Código de la Familia. Publicaciones de la Asamblea Legislativa de la República de Panamá. Panamá, República de Panamá, 1995.

16. *Código Civil de la República del Paraguay*. Editorial El Foro. Asunción Paraguay. 1988.
17. *Código Civil de la República de Perú*. Editorial Normas Legales, S.A. Trujillo- Perú. 1988.
18. *Código Familiar*. Editorial Jurídica Salvadoreña. 3ª. Edición El Salvador, 1994.
19. *Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco*. Ed. Anaya Editores, S.A. México, Distrito Federal. 1998.
20. *Código Civil de la República Oriental del Uruguay*. Quinta Edición. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 1990.
21. *Código Civil de los Estados Unidos de Venezuela*. Editorial La Torre. Caracas. 1989.
22. *Ley General de Salud de México*. Compilación de Leyes del Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. CD-ROM. México 1997.