

224,
25



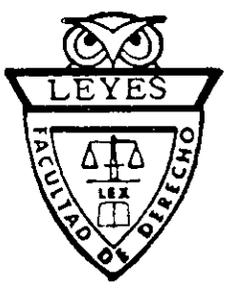
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

30 JUN 1999

TRASCENDENCIA JURIDICA DE LA REPRODUCCION ASISTIDA Y LA NECESIDAD DE SU REGULACION.

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA GLORIA GABRIELA GUERRERO TRUJILLO



CIUDAD UNIVERSITARIA, MEXICO 1999.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

225000



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.

**TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA
REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y
LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN.**

GLORIA GABRIELA GUERRERO TRUJILLO.

ASESOR: LIC. ALFREDO RAMIREZ CORTÉS.

A DIOS GRACIAS.

Con infinito amor y agradecimiento

A mi madre

GLORIA TRUJILLO GONZÁLEZ.

A quien le debo todo lo que soy. Que dios la
bendiga y la conserve por mucho tiempo a mi lado.

In memoriam

A mi abuelita

MARÍA GONZÁLEZ MATA.

Siempre vivirás en mi corazón.

Con profunda admiración y respeto
A mis tíos:

LIC. EFREN TRUJILLO GONZÁLEZ
Porque ha sido mi maestro y mi padre.
Gracias por su apoyo y comprensión.

LIC. ANGEL TRUJILLO GONZÁLEZ
A quien agradezco infinitamente su apoyo
y sus consejos pero sobre todo su cariño.

LIC. LORENZO TRUJILLO GONZÁLEZ.
Gracias por la confianza y la distinción que
siempre ha tenido conmigo.

A mi hermana
CARMEN GONZÁLEZ TRUJILLO
porque ha sido mi compañera en todo momento
siempre a mi lado para ayudarme y alentarme.

A mi hermano Otilio, a mi tía Marcela
a mi padrino Victorino, a todos mis tíos
primos y sobrinos de esta gran familia de
la que orgullosamente formo parte. Gracias
por su apoyo y por creer en mí.

Miguel Angel tú puedes.

A mis amigos en agradecimiento
al estímulo que siempre me han
dispensado.

Con admiración y respeto al
LIC. ALFREDO RAMÍREZ CORTÉS
como testimonio de mi agradecimiento
por la ayuda y atención brindada para
la elaboración del presente trabajo.

Al DR. IVÁN LAGUNES PÉREZ
por la atención que me brindo, gracias.

A la UNAM.

GRACIAS.

ÍNDICE

TRASCENDENCIA JURÍDICA DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y LA NECESIDAD DE SU REGULACIÓN.

INTRODUCCIÓN.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA.

1.- La Familia.....	3
1.1. Concepto de familia.....	3
1.2. Origen y evolución histórica de la familia.....	4
1.3. Constitución y fines de la familia.....	11
1.4. El derecho de familia.....	14
1.5. Instituciones derivadas de la familia.....	19
1.5.1. El matrimonio.....	20
1.5.2. El parentesco.....	27
1.5.3. La filiación.....	31
2.- La reproducción humana.....	42
2.1. Consideraciones históricas acerca de la reproducción humana.....	42
2.2. La reproducción humana en el siglo XX.....	47

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS FORMAS.

1.- La reproducción asistida	53
1.1. Concepto de reproducción asistida.	53
1.2. La fertilidad y la esterilidad humana. Causas por las que se utiliza la reproducción asistida.	56
1.3. Diferentes especies de reproducción asistida.	61
2.- La inseminación artificial.	64
2.1. Diversas clases de inseminación artificial.	66
2.2. Método por el que se realiza la inseminación artificial.	68
3.- La fecundación in vitro	70
3.1. Método por el que se realiza la fecundación in vitro.	72
4.- La Transferencia intratubaria de gametos	75
5.- La Transferencia de embriones	77
6.- La maternidad subrogada	79

CAPÍTULO TERCERO.

LEGISLACIÓN EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.- Legislación mexicana relativa a reproducción asistida.	81
1.1. Análisis del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	82
1.2. Disposiciones de la Ley General de Salud sobre inseminación artificial.	86
1.2.1. Disposiciones del Reglamento de la Ley General de Salud sobre inseminación artificial.	96
1.2.2. Normas técnicas relativas a la reproducción asistida.	103

2.- Estudio de los diversos proyectos de ley tendientes a regular la reproducción asistida en nuestro país.	111
2.1. Análisis del proyecto de la "Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos", de 1958.	112
2.2. Análisis del proyecto de Código Civil para el Estado libre y soberano de Nuevo León, en lo relativo a las disposiciones que versan sobre inseminación artificial.	117
3.- Derecho extranjero en materia de reproducción asistida	127
3.1. Suecia.	128
3.2. Estados Unidos.	136
3.3. Argentina.	143
3.4. España.	145

CAPÍTULO CUARTO

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.- La filiación.	151
1.1. La filiación del niño producto de una reproducción asistida.	151
1.2. La determinación de la paternidad de un niño producto de una reproducción asistida.	157
1.3. La determinación de la maternidad de un niño producto de una reproducción asistida.	170
2.- Posibles derechos y obligaciones que se derivan del parentesco En caso de una reproducción asistida.	174
3.- Trascendencia de la reproducción asistida.	180
CONCLUSIONES.	190
BIBLIOGRAFÍA.	196

INTRODUCCIÓN.

Los avances científicos proponen grandes cambios en la sociedad que influyen en el derecho. Recientemente han tenido gran auge el descubrimiento de nuevas formas de reproducción en los humanos, particularmente el hecho de poder concebir un hijo sin que haya un contacto sexual en la pareja es una realidad.

La procreación constituye un función biológica en todos los seres vivos, es una necesidad para perpetuar la especie y como tal la investigación en el tema ha sido prioritaria, en el transcurso de este siglo han surgido novedosos descubrimientos. El contacto sexual dejó de ser esencial para la reproducción, los científicos manipulan los gametos ya sea dentro o fuera del cuerpo de la madre y logran que se fusionen y den origen a un nuevo ser. Todo esto a través de distintas técnicas.

La reproducción asistida, propone al derecho cambios que repercuten directamente en la familia, la razón estriba en la función que tiene como reguladora de las relaciones entre progenitores y los hijos que nazcan de éstas relaciones. La aplicación de ésta técnica cambia completamente el esquema con el que hasta ahora nuestro ordenamiento ha tratado a las relaciones familiares. El

vínculo biológico constituía la base para determinar la relación filial y por ende los derechos y obligaciones entre padres e hijos. Este es el objetivo del presente trabajo de investigación, analizar como repercute en el derecho las nuevas técnicas de reproducción y la necesidad que tenemos de regularlas, tomando como punto de partida a la familia como núcleo fundamental y la procreación como base de ésta.

Resaltaremos la importancia de la reproducción asistida y el gran auge que tiene y que ha llevado a otros países a regular su aplicación en los humanos, analizaremos los distintos ordenamientos que hay en nuestro país y que abordan el tema y algunos proyectos realizados con el objeto de regular a la reproducción asistida, todos estos ordenamientos son un buen ejemplo para ser tomados en cuenta por nuestros legisladores para elaborar una ley acorde a las necesidades que plantea la biotecnología a la sociedad.

Dada la importancia que tiene la procreación para la humanidad, analizaremos las posibles consecuencias de la aplicación de la nueva forma de reproducción en el derecho y su directa repercusión en las relaciones familiares, sin olvidar desde luego los beneficios que trae a las parejas que desean tener hijos. Al derecho le corresponde dar una respuesta favorable a quienes deciden hacer uso de las nuevas tecnologías y resolver las controversias que se presenten.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA INSTITUCIÓN DE LA FAMILIA ANTE LA REPRODUCCIÓN HUMANA.

1.- La familia.

1.1.- Concepto de familia.

Los diferentes autores que abordan el tema, generalmente empiezan por definirla como un grupo o un núcleo de personas. Para el Dr. Ignacio Galindo Garfias, la familia es "...un núcleo de personas, que como grupo social, ha surgido de la naturaleza y deriva primordialmente del hecho biológico de la procreación."¹ Etimológicamente la palabra familia proviene del latín 'familia' que significa el "...conjunto de esclavos y criados de una persona..."² pues deriva de 'famulus' que significa sirviente o esclavo.

La familia es un hecho biológico y se define como la "Pareja en unión sexual y sus descendientes."³ La sociología también define a la familia como "... la

¹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 4a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1980. p. 427.

² J. COROMINAS. Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana. Editorial Gredos. Vol. II. Madrid, España. s/a . p. 267.

³ MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 4a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1990. p. 1.

célula social y se entiende por tal a la pareja humana sola o con hijos que han procreado y que viven juntos.”⁴

La familia es la más antigua de las instituciones sociales, surge de manera espontánea atendiendo a las necesidades de orden biológico primordialmente, pues también existe la voluntad de los individuos de permanecer unidos. Con el tiempo esta institución ha sido esencial en la sociedad porque es ahí donde hombres y mujeres encuentran sus satisfactores básicos. La familia es un fenómeno natural, pero también es un fenómeno jurídico, pues como célula fundamental en la sociedad, regula la conducta de los individuos que se ve reflejada en ella. Es la institución encargada de preparar a los individuos dentro de ciertas normas culturales que se van transmitiendo de generación en generación, de manera que el individuo encuentra la puerta al mundo a través de la familia que es la encargada de “... prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el papel social que les corresponde.”⁵

Jurídicamente la familia se ha definido en sentido amplio y en sentido estricto: en sentido amplio, es “ ... el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo de orden familiar...”⁶ es decir que existe una relación de parentesco ya sea consanguíneo, civil o por afinidad. En otras palabras, forman familia en

⁴ *Ibidem*. p. 35.

⁵ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. *La Familia en el Derecho*. Editorial Porrúa S.A. México, 1992. p. 207.

⁶ *Ibidem*. p. 209.

sentido amplio los padres, los hijos, los abuelos, los primos, los sobrinos, los tíos y todos los demás miembros con los que se tenga alguna relación de parentesco.

En sentido estricto la familia es el grupo humano formado únicamente por los cónyuges y por los hijos, excluyendo a los demás parientes. En este sentido la familia es una unidad biológica, “De la unión sexual del hombre y la mujer surge la procreación de los hijos.”⁷ Sin embargo consideramos que también constituyen la familia en sentido estricto, la madre sola con sus hijos, el padre solo con sus hijos, los hijos solos y aún la pareja sola, que resultan de la unión sexual del hombre y la mujer y de la voluntad de permanecer unidos. En el caso de la pareja sin hijos hay una relación sexual que se prolonga en el tiempo por lo que se debe considerar como familia.

En sentido amplio o en sentido estricto la familia es una, y consideramos que es un núcleo de personas unidas entre sí por lazos de parentesco que derivan primordialmente de la procreación y que constituye una célula social básica donde hombres y mujeres se desarrollan para así cumplir su función social.

1.2.- Origen y evolución histórica de la familia.

Hablar del origen y evolución de la familia es remontarnos al origen del

⁷ *Ibidem*. p. 2.

hombre, en este sentido la familia es tan antigua como la misma humanidad.

Los seres vivos responden a sus instintos. El hombre, como parte del reino animal en sus orígenes, se guió por sus instintos de procreación y de conservación, por lo que podemos afirmar que existió una promiscuidad sexual, los seres humanos convivían guiados por los instintos más que por el raciocinio. Con el tiempo surge el clan como una primera manifestación de la familia y "...la forma más primitiva de unión destinada a lograr una posibilidad de defensa, que hiciera factible la supervivencia en un medio hostil..."⁸

La causa que da origen al clan es sin lugar a dudas la supervivencia de la especie, y así es como también surge un primer grupo humano, donde la maternidad es la única forma de comprobar el parentesco. Los pueblos primitivos se constituían por clanes o por tribus. Esta forma de organización da origen a la familia punalúa, que es la siguiente forma evolutiva.

En este tipo de familia el matrimonio se establecía entre grupos de hermanas de una misma generación con grupos de hermanos que compartían a las mujeres.

⁸ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Editorial Libros Científicos. Buenos Aires, Argentina, 1981. Tomo XI. p. 978.

Es de suma importancia mencionar que en este tipo de matrimonio se excluían los hermanos uterinos y los hijos eran comunes del grupo, siendo la maternidad la única forma de comprobar el parentesco.

La siguiente etapa evolutiva corresponde a la familia sindiásmica, cuya característica fundamental fue que "...empieza a darse una personal selección de parejas de manera temporal..."⁹ Es decir, el hombre vive con una mujer manteniendo relaciones que a la mujer se le exigen de manera exclusiva y no así al hombre, que puede en forma ocasional tener otras relaciones sexuales, pero debe permanecer al lado de su mujer hasta que nazca el niño y sea destetado.

Aunque esta unión es de carácter temporal, podríamos considerarla un antecedente de la monogamia, en la que un hombre tiene relaciones con una sola mujer siendo esta relación de carácter duradero.

Las condiciones naturales varían a lo largo del tiempo y han sido determinantes en la formación de la familia. La escasez de satisfactores como la comida, hacía que el ser humano redujera la población a través del infanticidio de niñas, y la consecuencia fue la familia matriarcal, en contraposición a ella, el desempeño de actividades peligrosas por parte del hombre como la guerra y la

⁹ Ibidem. p. 4.

caza, hizo que el número de varones fuese inferior en relación con el número de mujeres, razón entre otras, por la que se da origen al patriarcado.

En la evolución de la familia encontramos estas formas de constitución de la misma con el nombre de poligamia, que asume dos formas: "...la poliandria en la que la mujer cohabita con varios hombre y la poligenia en la que varias mujeres son esposas de un sólo hombre."¹⁰

La poliandria es una forma de matriarcado donde la mujer es la que impone derechos y obligaciones a los demás miembros de su grupo, y debido a que cohabita con varios hombres, la paternidad resulta incierta y la única forma de determinar el parentesco es por la línea materna, de la que no se tiene duda.

La poligenia es, en contraposición, el dominio del poder masculino en la sociedad. Un sólo hombre es marido de varias esposas. Esta forma de constitución familiar "...existió en casi todos los pueblos de la antigüedad, aunque parece reservada a clases poderosas y sigue existiendo en la sociedad contemporánea, como entre los mormones y en los pueblos mahometanos en que el matrimonio poligínico es legal ante las leyes del hombre y las leyes religiosas, pues se haya previsto en el Corán que permite al hombre tener hasta cuatro esposas legítimas y

¹⁰ Ibidem. p. 5.

un mayor número de concubinas. Depende de la fortuna del varón el número de mujeres que puede tener.”¹¹

La monogamia es el resultado de una larga evolución. Esta forma de familia se constituye por la unión de un sólo hombre con una sola mujer, con carácter duradero, y es la que ha tenido más arraigo en todos los pueblos antiguos y el antecedente de la familia moderna.

Es importante mencionar a la familia romana, ya que aquí encontramos el antecedente de nuestro régimen jurídico. Sin duda alguna, la familia en Roma tenía un papel importante “... constituía una unidad religiosa, política y económica...”¹² dirigida por el ‘pater familias’, único dueño del patrimonio familiar, quien rendía culto a sus antepasados como sacerdote familiar que era y además resolvía las controversias que pudieran suscitarse entre las personas que tuviera bajo su potestad.

Forman parte de la familia romana, la esposa del ‘pater familias’, sus hijos y sus esposas al igual que sus descendientes, así como los esclavos y servidores domésticos, sobre los que el ‘pater familias’ tenía un poder absoluto, ejercía en ellos la ‘patria potestas’ que podemos resumir de la siguiente manera: “1. El jefe de la familia es el jefe del culto doméstico. 2. Los hijos de la familia son incapaces

¹¹ *Ibidem.* p. 6.

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Ob. Cit.* p. 432.

como los esclavos de tener un patrimonio todo lo que ellos adquieren es adquirido por el pater familias. 3. La persona física de los sujetos a esta potestad está a la disposición absoluta del pater familias, quien los puede castigar, emplearlos en distintos trabajos, venderlos y aún darles muerte.”¹³

En Roma, se constituía la familia como toda una organización autónoma del Estado en sus primeros tiempos. Después el Estado regula las relaciones entre los miembros de la familia.

En la Edad Media, la familia tenía un papel económico, se desarrolló dentro del feudo donde encontró todos los satisfactores básicos para su supervivencia. Esta familia era monogámica patriarcal, el hombre proporciona al hogar el sustento, la esposa se dedica a atender el hogar y a los hijos quienes sucederán al padre en el oficio que desempeña en el feudo. Esta estructura familiar hacía que el feudo fuera una unidad de producción para el señor feudal, único dueño de la tierra trabajada por las diferentes familias.

En la era moderna predomina la familia monogámica, que es el resultado de una larga evolución que al decir de la maestra Sara Montero Duhalt, “... es la manifestación patente de la madurez de los individuos y de las sociedades que la

¹³ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz. Derecho Romano. 13a. edic. Editorial Pax-México, S.A. México, 1988. p. 122.

consagran.”¹⁴ Sin embargo esta familia monogámica con características patriarcales no ha terminado de evolucionar.

La familia es “...una institución fundamental fundada en una relación sexual suficientemente precisa y duradera que permite la procreación y garantiza la educación y protección de los hijos.”¹⁵

1.3.- Constitución y fines de la familia.

A lo largo del tiempo, la forma de constituir una familia ha variado, pero siempre se constituye sobre una base, la relación hombre-mujer; esto ha sido invariable aún en la actualidad.

Para formar una familia debe haber una pareja, una relación de un hombre y una mujer que se unen con el propósito de constituir una familia y como consecuencia de esta unión sexual surge la procreación; de manera que la familia se constituye por la pareja y los hijos de ésta.

Señalamos anteriormente que la familia, en sentido amplio, se integra por los padres, los hijos, los abuelos, los tíos, los primos, los sobrinos y demás personas con las que se tenga algún lazo de parentesco; en este sentido la familia se

¹⁴ Ibidem. p. 8.

¹⁵ Ibidem. p. 434.

constituye no sólo por la pareja y sus hijos sino que se extiende a todos los parientes de ésta.

Sin embargo la célula fundamental de la sociedad es la familia, que en sentido restringido se considera a la pareja hombre-mujer y a sus hijos. Este es el núcleo donde el ser humano se desarrolla.

No debemos descartar situaciones que, también consideramos, son formas de constitución de una familia, tal es el caso del padre y los hijos, donde por determinadas circunstancias, -muerte o abandono- no hay una figura materna, "...no existe una pareja de hombre-mujer como núcleo fundador..."¹⁶ Lo mismo sucede con la madre y sus hijos sin un padre, "Este fenómeno social tiene ahora dos causas al origen: el abandono de la mujer después de la concepción por parte del responsable de dicha concepción y la voluntad de la mujer de tener hijos sin establecer la relación con un padre, mismo que se está logrando en forma absoluta a través de la inseminación artificial o de otras técnicas de reproducción asistida,"¹⁷ situaciones que se dan en la realidad y que consideramos como formas de constituir una familia, donde perfectamente un ser humano se desarrolla para luego integrarse a la sociedad como una persona equilibrada moral y mentalmente.

¹⁶ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1990. p. 18.

¹⁷ Idem.

La familia como núcleo fundamental de la sociedad cumple ciertos fines. Hemos hecho incapié que en la familia el ser humano se desarrolla para después integrarse a la sociedad.

A medida que el ser humano crece, se va educando bajo determinadas normas culturales que la familia le transmite; normas que va a aplicar en su vida social, y es ahí donde adquirimos nuestra personalidad, donde moldeamos nuestro carácter y aprendemos a convivir con los demás, siendo éste el fin que debe cumplir la familia dentro de la sociedad.

Desde que el ser humano nace, la familia lo provee de sus satisfactores básicos como lo es la comida, el vestido, un lugar donde vivir, pero sobre todo el afecto que toda persona requiere para desarrollarse plenamente, aquí es donde la familia juega un papel esencial pues "...La liga afectiva con otras personas es imprescindible para el equilibrio emocional y mental..."¹⁸ de todo el ser humano.

La familia se forma por la pareja en unión sexual, en este sentido, el matrimonio y el concubinato, son las formas por las que se crea a la familia; pero también es un fin regular las relaciones sexuales. Se considera que hay en la pareja una exclusividad sexual, debido a la voluntad que tienen de permanecer unidos.

¹⁸ *Ibidem*. p. 12.

Aunque en la realidad se establecen relaciones sexuales fuera del matrimonio o del concubinato, la familia es "...la reguladora por excelencia de estas relaciones..."¹⁹

La relación sexual trae como consecuencia la procreación, ésta da origen a la familia que se compone por un núcleo de personas, pero también es un fin de la familia. Cuando nace un ser humano lo hace dentro de una familia que lo proveerá de alimentos y de afecto.

Estos son algunos fines que la familia tiene y que por su naturaleza hacen a la misma participe del desarrollo de la sociedad. Sin embargo, estamos conscientes de que actualmente enfrenta problemas, pero la esencia de la familia hace que se siga considerando como un núcleo social fundamental.

1.4.- El Derecho de Familia.

La familia es un hecho real, que se ha calificado como esencial en la sociedad por los fines que cumple, por lo que el derecho la ha tomado bajo su protección y armoniza las relaciones que nacen en una familia. Así es como surge el derecho de familia.

¹⁹ Ibidem, p. 10.

Existen diversos conceptos del derecho de familia. Para Augusto César Belluscio es "...el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares".²⁰

Para Julián Bonnacase, citado por el maestro Rojina Villegas, es "...el conjunto de reglas de derecho, de orden personal y patrimonial, cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".²¹

El derecho de familia es para el maestro Rafael De Pina "...aquella parte del derecho civil que regula la constitución del organismo familiar y las relaciones entre sus miembros."²²

La maestra Sara Montero Duhalt, cita: "Es el conjunto de normas jurídicas de derecho privado y de interés público que regulan la constitución, la organización y la disolución de las relaciones familiares, consideradas las mismas como de interés público".²³

²⁰ BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. Tomo I. Familia. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1979. p. 19.

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 12a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1976. p. 202.

²² DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. Vol. I. 7a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1975. p. 302.

²³ Ibidem. p. 24.

Por su parte Manuel Peña Bernaldo de Quirós, afirma que el derecho de familia “Es la parte del derecho civil que tiene como objeto directo las relaciones jurídicas familiares (y Cuasifamiliares)”.²⁴

Estas son algunas de las definiciones que los juristas han expresado del derecho de familia. En ellas se denota claramente el esfuerzo del derecho por regular a través de normas jurídicas, desde la constitución de la familia, hasta su disolución, a efecto, de lograr una armonía en las relaciones familiares.

El concepto “relaciones familiares”, es muy amplio, dentro de él está comprendida la constitución de la familia su organización y las relaciones que hay entre sus miembros así como la disolución de estas relaciones.

Es la relación jurídica familiar “...toda relación que el ordenamiento jurídico establece entre personas, imputando deberes o atribuyendo derechos, interdependientes y recíprocos, para la realización de fines o intereses familiares...”²⁵

La relación jurídica familiar se traduce en una serie de deberes y derechos que el ordenamiento jurídico impone, y que muchas de las veces son recíprocos.

²⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derecho de Familia. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. Madrid, España, 1989. p. 20.

²⁵ ZANNONI A., Eduardo. Derecho Civil. Derecho de familia. 2a. edic. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina, 1989. p. 27.

En la filiación se establecen deberes de los padres para con los hijos y de éstos para con sus progenitores; el parentesco es otra figura del derecho familiar de donde se derivan derechos y obligaciones entre personas unidas por este vínculo.

Mucho se ha discutido acerca de si el derecho de familia es una rama del derecho civil y como él pertenece al derecho privado. Tradicionalmente el derecho de familia pertenece al derecho civil. Dentro de él encontramos las normas relativas a la organización de la familia, pero "...la circunstancia de que la mayor parte de sus normas sean de orden público, así como la intervención del Estado en la formación y disolución de vínculos y en numerosas cuestiones por él reguladas..."²⁶ hacen que al derecho de familia se le haya llegado a considerar como parte del derecho público o como una rama autónoma del derecho.

Para Antonio Cicú, el derecho de familia no pertenece al derecho público pero tampoco al derecho privado sino que constituye un tercer género situado entre el derecho público y el privado.

Afirma Antonio Cicú que el derecho de familia no puede estar dentro del derecho privado, pues en éste "...prima la fuerza operante de la voluntad libre..."²⁷ y en la familia no hay esa libre voluntad de sus miembros para regir las

²⁶ BELLUSCIO, Augusto César. Ob. Cit. p. 20.

²⁷ ZANNONI A., Eduardo. Ob. Cit. p. 29.

relaciones que surgen en la vida familiar, antes bien las normas son de carácter imperativo o prohibitivo y la mayoría de éstas son de orden público e irrenunciables.

Tampoco considera Antonio Cicú que forme parte del derecho público aunque haya una gran semejanza con este derecho, es decir "...la voluntad vinculada en una relación de subordinación a un fin superior, el del Estado"²⁸ expresa este autor, que en el derecho de familia, existe una subordinación a un fin superior que es donde coincide con el derecho público, pero no es al del Estado sino a un interés superior al de sus miembros que es el interés familiar, por lo que a los actos jurídicos del derecho de familia los denominó poderes familiares y a los actos del poder estatal como lo es el matrimonio. Todos los demás actos sujetos a la voluntad del individuo serían "...una acción judicial tendiente a obtener el cumplimiento de un deber"²⁹ siempre subordinado al interés familiar.

La tesis que sostiene que el derecho de familia pertenece al derecho público que según cita Augusto César Belluscio, ha sido sostenida por Jellinek, según la referencia de Gustavino, Colmo, Rébora y Spota (doctrinarios argentinos) quienes afirman que hay un interés por parte del Estado para que los particulares cumplan sus funciones dentro de la familia, funciones reguladas por el derecho familiar,

²⁸ Idem.

²⁹ Ibidem. p. 21.

situación por la que consideran que el derecho de familia debe pertenecer al derecho público, y que actualmente se vive esta transición.

En el derecho de familia si hay un interés estatal, pero consideramos que la familia no es un ente público. Al Estado le interesa su formación y su desarrollo, por la importancia que reviste en la sociedad. También hay un interés familiar, pero que no se contrapone al interés individual de los miembros de una familia, en este sentido coincidimos con lo que expresa la maestra Sara Montero Duhalt: “...rige las relaciones de los particulares entre sí, como simples particulares. Pues ¿Hay algo más íntimo y privado para el individuo que su esfera familiar?”³⁰ de manera que tendría vigencia la tesis tradicional que sitúa al derecho de familia dentro del derecho privado y los miembros de una familia se coordinan para satisfacer el interés de la misma que se traduce en beneficios para sus miembros y para la sociedad.

1.5.- Instituciones derivadas de la familia.

La familia es toda una organización de capital importancia para la sociedad, su regulación jurídica la tenemos en el derecho familiar. Dentro de esta institución surgen y se desarrollan otras figuras, cuya función está regulada por el mismo

³⁰ Ibidem. p. 27.

derecho de familia y que resultan ser de gran importancia para su desarrollo y su finalidad.

Estas instituciones son principalmente, el matrimonio, el parentesco y la filiación; de ellas se derivan otras figuras jurídicas más de igual importancia y que a continuación detallaremos.

1.5.1.- El Matrimonio.

El matrimonio es la forma por la que se establece legalmente a la familia. Este se ha definido de muy diversas formas, pero siempre con una base común a todas las definiciones, es la unión de un hombre y una mujer, bajo un régimen legal.

Los sociólogos definen al matrimonio como "...una relación establecida de cohabitación sexual y domiciliar, entre un hombre y una mujer, la cual es reconocida por la sociedad como una institución domiciliar y educativa de la prole que pueda surgir".³¹

Joaquín Escriche, citado en la obra de la maestra Sara Montero Duhalt, define al matrimonio como "La sociedad legítima del hombre y la mujer, que se

³¹ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Ob. Cit. p. 21.

unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie, ayudarse a llevar el peso de la vida y participar de una misma suerte”.³²

Para la maestra Montero Duhalt, “...Matrimonio es la forma legal de constitución de la familia a través del vínculo jurídico establecido entre dos personas de distinto sexo, que crea entre ellas una comunidad de vida total y permanente, con derechos y obligaciones recíprocos determinados por la propia ley”.³³

Nuestras legislaciones en la materia también han definido al matrimonio. Los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 a 1884 establecieron como matrimonio a la “...sociedad legítima de un sólo hombre con una sola mujer que se unen en vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.³⁴

Nuestra Constitución en su artículo 130 establece únicamente que el matrimonio es un contrato civil. El Código Civil vigente tampoco nos da una definición, señala en el artículo 147 “Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”. Esto es lo que la doctrina ha identificado como fines del matrimonio y sobre los que han recaído severas críticas.

³² *Ibidem*, p. 96.

³³ *Ibidem*, p. 97.

³⁴ *Ibidem*, p. 21.

A lo largo del tiempo han surgido éstas y muchas otras definiciones del matrimonio, lo que hace notar la dificultad que hay para definirlo con exactitud y lo controvertido que resulta. Sin embargo, resaltan características comunes a todas las definiciones y son las siguientes:

El matrimonio, se forma por la pareja, es decir, la unión de un hombre y una mujer con el objeto de entablar relaciones sexuales que a través del matrimonio se hacen lícitas, de otra manera esta relación es censurada por la religión, por la sociedad y es moralmente reprobable y sus consecuencias en la mayoría de las veces recaen en la mujer que se haya en una posición de desventaja con respecto al varón, que puede ejercer en gran medida su libertad sexual.

En cuanto a la legalidad, al inicio del apartado señalamos que la familia se forma legalmente a través del matrimonio; el Estado tiene la facultad de formalizar el matrimonio a través de los órganos competentes y con las formalidades que establece la ley.

La cohabitación es la permanencia y la convivencia que debe haber en la relación matrimonial, y son características que tiene el matrimonio por lo que se considera como la base legal para constituir una familia.

Los fines del matrimonio se consideran una característica común a las definiciones; nuestra legislación, en la parte relativa, especifica “Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente” (art. 162) y en el artículo 147 del mismo ordenamiento civil dispone “cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta”, sin que en ningún otro artículo se especifique cuales son los fines del matrimonio.

La doctrina ha sostenido que los fines del matrimonio tienen un sentido religioso, sin embargo, también le interesan al derecho, porque del matrimonio surgen nuevos miembros para la sociedad, razón por la que el Código Civil señala a la perpetuación de la especie, aunque no aclare que se trata de un fin, pero deducimos que la procreación y la ayuda mutua de los cónyuges, son fines que debe tener el matrimonio y la ley los toma en cuenta al citarlos.

Desde tiempos remotos la unión sexual ha tenido como fin reproducirse. La procreación, obedece a un deseo del ser humano de trascender, ya en el libro del Génesis de la Biblia se expresó este mandato: “procread y multiplicaos”, sustentado en este principio, el derecho canónico estableció, en su canon 1013 que “El fin primario es la procreación y la educación de la prole, y los secundarios, la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia”.³⁵

³⁵ *Ibidem*. p. 289.

La ayuda mutua de la pareja encuentra su fundamento en el mismo libro del Génesis "...más para el hombre no encontró ayuda adecuada..." por lo que el creador decidió darle al hombre a un ser semejante a él y creó a la mujer.

Estos fines más que ser religiosos trascienden a la esfera jurídica que los retoma para formar parte de los principios del matrimonio.

El matrimonio representa una seguridad jurídica para los hijos que pudieran nacer, pero también una certeza para el hombre de su paternidad; 'Pater is est quem justae nuptiae demonstrant', rezaban los romanos: 'padre es el que demuestra las justas nupcias', por lo que la procreación es un fin.

Basado en este principio, se ha dicho que la fidelidad entre los cónyuges es un fin más que un deber, el matrimonio se traduce en una exclusividad de la pareja para mantener relaciones sexuales (el remedio de la concupiscencia) lo que le brinda al varón una seguridad respecto a la paternidad.

Cabe hacer una reflexión; si el matrimonio está imposibilitado o simplemente no desea tener hijos, ¿podríamos decir que este matrimonio no cumple con los fines por los que se realizó? desde nuestro punto de vista la respuesta es negativa.

La esencia del matrimonio y lo que lleva a una pareja a unirse, no es solamente el deseo de trascendencia del ser humano, sino el afecto, el amor, y el deseo de compartir la vida con otra persona. A esto es a lo que nuestro legislador se refiere al nombrar la ayuda mutua entre los cónyuges.

Paralela a la institución del matrimonio tenemos al concubinato como "...la unión de un hombre y una mujer que no está formalizada a través del matrimonio".³⁶

Nuestro derecho positivo reconoce al concubinato y lo define como "...la unión sexual de un sólo hombre y una sola mujer que no tienen impedimento legal para casarse y que viven como si fueran marido y mujer en forma constante y permanente por un periodo mínimo de cinco años. Este plazo puede ser menor si han procreado..."³⁷

Al inicio del apartado apuntamos que el matrimonio es la forma legal para constituir una familia pero no es la única, el concubinato, es también una forma de constituir una familia, al que el derecho le atribuye consecuencias jurídicas.

No obstante la importancia de esta institución no hay en nuestro Código Civil una regulación completa de ella. El artículo 1635 del Código en cita,

³⁶ Ibidem. p. 31.

³⁷ Ibidem. p. 165.

establece la sucesión de los concubinos, que la doctrina reconoce como los requisitos para que se constituya un concubinato:

1.- La unión de un sólo hombre y una sola mujer.

2.- Que ambos se encuentren libres, sin impedimento para contraer matrimonio.

3.- Que vivan juntos como marido y mujer por un lapso de tiempo de 5 años.

4.- Se configura el concubinato si antes de esos 5 años, la pareja tiene hijos.

De lo anterior desprendemos que las uniones transitorias entre un hombre y una mujer, no constituyen concubinato.

Los efectos que produce el concubinato son, con respecto a los concubinos: el derecho a heredarse recíprocamente, tienen el derecho y el deber de darse alimentos; con respecto a los hijos de los concubinos, estos tienen la posibilidad de investigar la paternidad, y una vez establecida los hijos tienen todos los derechos derivados de la filiación como son: el derecho al nombre, a recibir alimentos, el derecho a la sucesión legítima, entre otros.

La familia tiene como fuente al matrimonio y al concubinato, la primera es considerada como la forma legal; la segunda, también es la unión de un hombre y una mujer cuyo propósito es constituir una familia pero que no se encuentra formalizada legalmente, y sin embargo, cumple con los mismos fines que el

matrimonio; la ayuda mutua, el amor y el respeto de los concubinos, la procreación y la educación de los hijos; por lo que existe un interés por parte del Estado en regular a través de normas jurídicas al concubinato.

1.5.2.- El Parentesco.

Originariamente afirmamos que la familia se constituía por la unión sexual de un hombre y una mujer, es consecuencia de esta unión sexual la procreación, de esta deriva el parentesco, por lo que consideramos al parentesco como "...la adscripción de una persona a determinada familia."³⁸

Sin embargo no sólo hay parentesco derivado de la procreación, también se deriva del matrimonio y la adopción.

Definimos al parentesco como lo hace el Dr. Ignacio Galindo Garfias, "...El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado..."³⁹

El parentesco es un nexo jurídico, establece una situación de las personas en una familia, pero más que un nexo o una situación jurídica, denota la relación de

³⁸ Ibidem. p. 445.

³⁹ Ibidem. p. 445.

afecto que debe haber entre los miembros de una familia en sentido amplio y que derivan de la consanguinidad, del matrimonio y de la adopción.

Hay tres formas de parentesco, las cuales se definen de la siguiente manera:

El parentesco consanguíneo lo define nuestro Código Civil, en el artículo 293 como "...el que existe entre personas que descienden de un mismo progenitor." Este tipo de parentesco atiende a lazos de sangre que hay entre personas que descienden de un tronco común.

El parentesco por afinidad tiene su origen en el matrimonio, se establece entre uno de los cónyuges y los parientes del otro cónyuge, en otras palabras, "...entre el varón y los parientes de la mujer y entre la mujer y los parientes del varón." según refiere nuestro Código Civil, este tipo de parentesco es en el mismo grado que se tiene con el cónyuge.

Parentesco civil es el que nace por virtud de la adopción, la que podemos definir (sin el ánimo de profundizar por no ser materia del presente trabajo) como el acto a través del cual una persona mayor de edad, crea un vínculo de filiación con un menor o con un incapacitado y que tiene la aprobación judicial, con la finalidad de considerar como hijo al menor, con todos los deberes que esto implica.

El parentesco se organiza por líneas y grados, así es como la ley determina la proximidad de parentesco entre las personas.

El grado se forma por la generación o generaciones que existen entre un pariente y otro. La serie de grados constituye una línea.

La línea se organiza de la siguiente manera: línea paterna y materna; línea recta y transversal o colateral.

La línea paterna se constituye por los parientes por parte del padre, lo mismo que la materna, de manera que cada uno tiene dos líneas de parentesco, la materna y la paterna.

La línea recta, comprende a los parientes que descienden unos de otros, ésta puede ser ascendente o descendente según el punto de referencia, por ejemplo, es ascendente si partimos del nieto, al hijo, al padre, abuelo, etcétera; y es descendente si tomamos como referencia al abuelo, al que le sigue, el padre y el hijo, así se determina el parentesco, contando las generaciones o las personas que hay entre ellos sin contar al progenitor o tronco común.

La línea transversal o colateral se compone por la serie de grados que teniendo un progenitor común, no descienden unos de otros. Este tipo de línea puede ser igual o desigual, depende del número de grados que haya entre un

pariente con respecto al progenitor común. Para determinar si la línea es igual o desigual, se debe subir por la línea en donde tenemos la referencia o pariente con el que deseamos determinar el grado de parentesco, y bajar por la otra, si hay el mismo número de generaciones de un lado y del otro la línea será igual, si hay menos generaciones de un lado y más de otro, la línea es desigual.

Es importante conocer los grados y las líneas en el parentesco, porque la ley impone a los parientes deberes y derechos, dependiendo del grado de parentesco que se tenga. En la línea recta no hay limitación de grados, en la línea colateral la ley sólo impone obligaciones hasta el cuarto grado.

Las consecuencias que se derivan son diversas. En el parentesco consanguíneo, existe entre padre e hijo la obligación derivada de la filiación y que más adelante detallaremos. Surge la obligación entre los parientes consanguíneos en línea recta y en los colaterales hasta el cuarto grado, de darse alimentos; también tienen derecho a la sucesión legítima, en el orden de preferencia que establece la ley. La tutela legítima es otra figura jurídica que deriva del hecho del parentesco; así como también, el parentesco es una circunstancia para determinar atenuantes y agravantes de responsabilidad penal; la prohibición de contraer matrimonio a los parientes en línea recta sin limitación de grado y en colaterales hasta el tercer grado.

Los afines tienen como principal prohibición, contraer matrimonio con los parientes afines en línea recta, una vez que se a disuelto el matrimonio.

En el parentesco civil, el adoptante y el adoptado tienen los mismos derechos y deberes que los de un padre y un hijo pero sólo entre ellos.

Los vínculos de parentesco constituyen a la familia en un sentido amplio, este vínculo y el afecto que resulta ser determinante es lo que mantiene unida a la familia y que está presente en todas las sociedades del mundo.

Cabe citar al respecto la idea de Robin Fox, que la maestra Pérez Duarte cita en su libro Derecho de Familia: "...cualquiera que sea el grado de intensidad en que se utilicen los vínculos de parentesco para forjar la unidad social, hasta ahora ninguna sociedad ha podido pasarse sin un mínimo irreductible de relaciones sociales basadas en el parentesco..."⁴⁰

1.5.3.- La Filiación.

En el apartado anterior quedó establecido que el parentesco se organiza en líneas y grados. La relación padre e hijo es la forma de parentesco más cercana en

⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

primer grado. A este vínculo se le denomina filiación, ésta es una figura jurídica que deriva del hecho natural de la procreación.

Todos los individuos tienen naturalmente un padre y una madre, esto es un hecho biológico con consecuencias de derecho; de aquí deriva la filiación que gramaticalmente se define como “La relación que de hecho y por razón natural existe entre el padre o la madre y su hijo...”⁴¹ y proviene del latín ‘filiatio-onis’, de ‘filius’, hijo.

Otros autores también definen a la filiación:

El maestro Rafael Rojina Villegas, explica que la filiación tiene dos connotaciones, una amplia y una estricta. La filiación en sentido amplio “...comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado...”⁴² en este sentido la filiación es netamente biológica y comprende a toda la serie de personas en línea recta que unen a una persona determinada con cualquier ancestro por alejado que sea; por ejemplo el hijo está unido con su abuelo y su tatarabuelo en este concepto amplio de filiación.

⁴¹ DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. Tomo IV. México, 1988. p. 214.

⁴² Ibidem. p. 429.

En sentido estricto, la filiación es, según el maestro Rojina Villegas "...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..."⁴³

Esta es la filiación que reconoce nuestro derecho y que comprende la relación inmediata entre el padre y la madre con su hijo; es "...la relación de tipo jurídico que existe entre padre o madre y el hijo o la hija..."⁴⁴ La maestra Sara Montero Duhalt especifica en su obra que la filiación es "...la relación jurídica que existe entre los progenitores y sus descendientes directos en primer grado: Padre o Madre-hijo o hija."⁴⁵

A pesar de que en las definiciones expuestas se hace alusión al hecho biológico de la procreación, también existe la posibilidad de que se reconozca a un hijo que no ha sido procreado por la persona que lo reconoce como tal, por lo que no siempre la filiación deriva del hecho natural de la procreación.

Dentro de la figura de la filiación hay dos conceptos fundamentales, la maternidad y la paternidad. La maternidad, proviene del latín 'maternus', que significa perteneciente a la madre,⁴⁶ los romanos afirmaron, "la maternidad es

⁴³ Idem.

⁴⁴ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Ob. Cit. p. 55.

⁴⁵ Ibidem. p. 266.

⁴⁶ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México, s/a. p. 598.

siempre cierta” (mater semper certa est) y es un hecho indudable, para establecerla hay que tomar en cuenta dos elementos, que el maestro Rojina Villegas, explica de la siguientes manera: “...uno, el hecho del parto; otro, la identificación entre el ser que se da a luz en el parto y el que después pretende serlo”.⁴⁷

La maternidad es un hecho del que no se tiene duda, se prueba de manera directa por el parto, este hecho natural por si sólo basta para establecer que cierta mujer es la madre de una persona y sirve de base para deducir las circunstancias que han precedido al nacimiento y así poder deducir o presumir quien es el padre de aquél que ha dado a luz esa mujer.

Es decir, a través del parto se prueba que una mujer tuvo un hijo, pero es necesario conocer además del hecho, la fecha en que tuvo lugar, para poder establecer si el infante que reclama la mujer, es el que parió. Así es como se establece la maternidad, por la concordancia entre la fecha del parto y la edad del hijo que se reclama; pues aunque la maternidad es un hecho indubitable, surge la incertidumbre cuando el parto tiene lugar sin testigos, o si el recién nacido es abandonado.

Sin embargo, hoy en día esta incertidumbre se presenta con las nuevas técnicas de reproducción asistida, que en la actualidad son más frecuentes y más adelante explicaremos.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 432.

La paternidad, es otro de los elementos de la filiación, proviene del latín 'paternus' "...Calidad de padre, procreación por varón relación paternal que une al padre con el hijo."⁴⁸ La paternidad comprende el lazo paternal, que une a un hijo con su padre, también es un hecho biológico derivado de la relación sexual con una mujer y de la concepción de un nuevo ser.

La paternidad, a diferencia de la maternidad no es un hecho indubitable es una presunción 'juris tantum', admite prueba en contrario. Para determinarla es necesario conocer lógicamente la maternidad, por lo cual si ésta resulta desconocida, no se puede investigar la paternidad; porque es a través de la madre, como podemos llegar al padre.

La paternidad no puede ser conocida directamente como la maternidad, porque las relaciones sexuales que hayan podido existir entre un hombre y una mujer y que han dado como consecuencia el nacimiento de un ser, son actos de la más absoluta intimidad de las personas, como afirma Marcel Planiol "...la paternidad nunca deja de ser una probabilidad; el hecho de la concepción escapa a toda prueba directa, nos conformamos con presunciones que no producen la certidumbre."⁴⁹

⁴⁸ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Ob. Cit. p. 989.

⁴⁹ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de derecho Civil. Tomo II. Vol. IV. Editorial José M. Mujica.

Hay certeza en la paternidad dentro del matrimonio, pues en este caso, el hijo de la mujer casada es hijo del marido del su madre, ('pater is est quem justae nuptiae demonstrant').

En cambio cuando no hay matrimonio, la paternidad resultaría por principio incierta, y sólo puede establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por la sentencia que así lo declare.

Con los avances científicos en técnicas de reproducción asistida, se acentúa aún más esta incertidumbre, pues con la manipulación que los científicos realizan del semen masculino, resulta que el padre podría ser un desconocido aún para la madre, cuestión que más adelante detallaremos.

Nuestro Código Civil , clasifica en tres tipos a la filiación: matrimonial, extramatrimonial y adoptiva.

Cada una de estas clases de filiación se establece de diferente manera; pero una vez que ha quedado establecida, los derechos y las obligaciones que se adquieren son idénticos.

La filiación matrimonial y la extramatrimonial, derivan del hecho biológico de la procreación , en tanto que la adoptiva, deriva de un acto jurídico, como lo es la adopción.

Esto quiere decir que la filiación puede ser por naturaleza o por disposición de la ley, en la primera tenemos a los hijos de matrimonio y también a los extramatrimoniales, nuestra legislación establece distintas formas para determinar su filiación, pero el hecho de que se haya nacido dentro o fuera del matrimonio, como ya lo señalamos, no origina diferencias en sus derechos, aunque para determinar su filiación existan procedimientos diversos.

Por otra parte, la filiación que se establece por ley, es la adoptiva, y surge cuando una persona mayor de edad, crea un vínculo de filiación, con la finalidad de considerar como un hijo a un menor o a un incapacitado. Este vínculo que nace, crea los mismos derechos y deberes que hay entre padre e hijo, con la única diferencia que este vínculo no deriva de la procreación, sino de un acto jurídico sancionado por la autoridad judicial correspondiente.

A través de la adopción muchos niños abandonados encuentran protección dentro de una familia. Es una forma que tienen las parejas que no han tenido descendencia y que desean tener un hijo.

La filiación matrimonial, es considerada por autores, como Rojina Villegas, como una filiación legítima y la define como "...el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido en matrimonio y sus padres",⁵⁰ "...se entiende que un hijo

⁵⁰ Ibidem. p. 458.

es legítimo cuando ha sido engendrado por un hombre y una mujer casados válidamente".⁵¹

No obstante, en nuestra legislación se establecen ciertas circunstancias, para determinar este tipo de filiación; en primer lugar se requiere que el hijo sea concebido durante el matrimonio y nazca dentro del matrimonio; pero puede suceder que el hijo haya sido concebido antes del matrimonio y nacer cuando sus padres estén casados, en este caso la filiación será matrimonial. También se considera como filiación matrimonial, si el hijo es concebido durante el matrimonio y nace cuando el vínculo matrimonial se ha disuelto ya sea por muerte, divorcio o nulidad.

Nuestro Código Civil, en su artículo 324, establece los requisitos para que un hijo sea considerado como matrimonial y establece dos supuestos:

1.- Que los hijos hayan nacido después de 180 días de celebrado el matrimonio.

2.- Los hijos nacidos dentro de los 300 días después de que sea disuelto el matrimonio, por nulidad, divorcio o muerte, son considerados como hijos matrimoniales.

⁵¹ BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Editorial Harla. México, s/a. p. 181.

Los plazos que establece la ley en el numeral ya mencionado, tienen su razón de ser: el legislador quiso establecer plazos mínimos y máximos tomando en cuenta el proceso natural de la concepción, embarazo y alumbramiento; 6 meses (180 días) parece ser el tiempo mínimo en que puede estar en gestación el producto y 10 meses (300 días) es el plazo máximo para que una mujer dé a luz.

Como consecuencia de esta disposición, quienes no se apegan a lo que se estableció en la ley, se consideran como hijos nacidos fuera de matrimonio.

La filiación extramatrimonial, surge cuando el padre y la madre no se encuentran casados.

Tradicionalmente se han reconocido diversos tipos de filiación extramatrimonial, atendiendo a la situación que tengan los progenitores de un nuevo ser.

La filiación natural es uno de estos tipos de filiación; es la que se establece por la unión de un hombre y una mujer, que no tienen impedimento para contraer matrimonio.

La filiación espúrea es aquella en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse, ésta a su vez se dividía en adulterina e incestuosa; la primera se presenta cuando alguno de los progenitores se encontraban casados; en

la segunda, los padres son parientes y no hay una dispensa legal, y por último la llamada filiación sacrilega, en la que el sistema eclesiástico establece una incapacidad de contraer matrimonio por celibato (sacerdocio).

En la legislación se ha tratado de borrar en lo posible, las discriminaciones de que eran objeto los hijos al tacharlos de naturales, incestuosos o adulterinos; todos tienen los mismos derechos que los hijos nacidos en el matrimonio, a este respecto el legislador de 1928 expresó: "...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 del matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."

Aunque esta clasificación se ha borrado, aún encontramos en los artículos 62, 64, 77 y 78 del Código Civil, los términos de hijo adulterino, incestuoso y natural, cuestión que afortunadamente no trasciende en lo personal ni en lo patrimonial del hijo, tampoco resultaría discriminatorio el considerar al hijo nacido dentro o fuera del matrimonio, ya que únicamente son dos procedimientos, y una vez establecida la filiación los hijos tienen los mismos derechos.

La filiación extramatrimonial, se establece de dos formas: por reconocimiento voluntario que es efectuado por los padres ya sea conjunta o

separadamente, como se establece en la ley, es decir, en el acta misma de nacimiento, o en acta especial de reconocimiento ante el Juez del Registro Civil. La otra forma es mediante un juicio de investigación de la paternidad o de maternidad, en el que se ha demostrado la paternidad y la sentencia respectiva declare la paternidad o la maternidad a favor de determinadas personas, en este caso se hará la anotación respectiva al margen del acta de nacimiento.

Las consecuencias que trae consigo la filiación son:

En primer lugar, los hijos tienen el derecho al nombre, es decir, que al hijo debe asentarse en el acta de nacimiento, el apellido tanto del padre como de la madre. En México las personas se identifican con los apellidos paternos. Esta disposición se encuentra en el artículo 59 del Código Civil.

La obligación de proporcionar alimentos es recíproca, y nace de este vínculo filial. Los padres están obligados a dar alimentos, dispone el artículo 303 del Código Civil. También los hijos tienen esa misma obligación respecto a sus padres cuando lo necesiten.

La patria potestad es otra de las consecuencias, ejerciéndola ambos progenitores, como una facultad que tienen los padres y que la ley les concede para tomar decisiones a nombre de sus hijos; la tutela legítima, los derechos sucesorios, la configuración de ciertos delitos, así como atenuantes y agravantes de

responsabilidad penal, son consecuencias que surgen del vínculo jurídico de la filiación.

2.- La reproducción humana.

2.1.- Consideraciones históricas acerca de la reproducción humana.

Todos los organismos vivos, nacen, crecen, se reproducen y mueren, es una ley de la naturaleza que ha acompañado al ser humano desde que apareció en la tierra. La reproducción es una de las características esenciales de la vida y necesaria para que una especie se perpetúe.

El hombre, desde su origen, se guió por sus instintos como cualquier animal; el instinto de supervivencia lo llevó a formar grupos que hicieran más fácil la satisfacción de sus necesidades básicas. La reproducción era también un instinto. El generar nuevos seres semejantes a ellos, hacía que la comunidad creciera.

Históricamente la reproducción humana está ligada a la evolución de la familia; es una de las características más importantes de los seres vivos, sin la reproducción no sería posible mantener la continuidad de la vida.

Desde siempre el ser humano ha tenido una inclinación natural a relacionarse con los demás seres de su misma especie, y a través de la procreación satisface su deseo de trascender.

Indudablemente desde que la familia existe, se forma a través de dos datos biológicos: la unión sexual y la procreación.

Teológicamente, la procreación es un mandato de Dios, en el primer libro de la Biblia, el Génesis, se escribió: “Y Dios creó al hombre a su imagen y semejanza. A imagen de Dios los creó macho y hembra, hombre y mujer; y Dios les bendijo diciendo: Sed fecundos y multiplicaos, y llenad la tierra y sometedla...”

Para el pueblo hebreo la procreación era una manera de adorar a Dios a través de sus descendientes. El antiguo testamento nos relata situaciones en las que el deseo de tener hijos, llevaba a los hombres a repudiar a mujeres estériles y a unirse a otras que garantizaban su descendencia; ante tal circunstancia las mujeres optaban por proporcionarle a su esposo otras mujeres en calidad de concubinas o esclavas para “...garantizar la prole para la gloria de Dios”.⁵² Este fue el caso de Sara, esposa de Abraham, quien no había logrado concebir un hijo, por lo que conforme a la costumbre de aquellos tiempos, tomó Abraham por mujer a su esclava Agar, la que concibió un hijo al que llamó Ismael.

⁵² PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *Ob. Cit.* p. 26.

Otra medida que se tomaba en la antigüedad para cuando el marido moría sin dejar descendientes, consistía en que el hermano del marido difunto tenía la obligación de casarse con la viuda, para que por medio de él se conservara el nombre del hermano difunto; ésta era una manera por la que se conservaba la sucesión de la familia y se aumentaba la población, 'el pueblo de Dios'.

Señala el maestro Chávez Ascencio, que en el Código de Hammurabi se estableció que el hombre podía engendrar por medio de sus siervas si su mujer era estéril.⁵³

El hecho de la procreación en la antigüedad y aún en la actualidad ha sido determinante en la formación de los pueblos. Roma es un ejemplo muy claro: la descendencia para este pueblo tenía carácter esencial, mediante ella se perpetuaba el culto familiar, pero sobre todo, su finalidad era evitar la extinción de la familia romana.

Los niños eran muy bien recibidos en los hogares romanos, el aumento de la población era mirado con agrado, mientras que la falta de hijos era mal considerada por la opinión pública. "Se preferían a los hijos varones, pero si nacían deformes, el padre a semejanza de los griegos, tenía derecho a exponerlos

⁵³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. Op. Cit., p. 32.

hasta que murieran...”⁵⁴ Los hombres tenían el derecho a repudiar a la mujer infecunda.

El culto doméstico a los antepasados, era una costumbre importante en la familia romana, el ‘pater familias’ era el sacerdote doméstico, encargado de realizar la ceremonias religiosas que no debían interrumpirse, por lo que tenían la necesidad de tener un heredero que mantuviera el culto religioso.

Siendo Roma un imperio tan poderoso, la descendencia hacía crecer al pueblo romano, manteniendo a la familia que ejercía un papel importante en el Estado, el ‘pater familias’ y sus descendientes de la clase de los patricios participaban en el gobierno. De manera que cuando no se lograba engendrar hijos se recurría a la adopción, por la que se aseguraba una continuidad en la familia.

Otros pueblos de la antigüedad, como el Germano, veían en la procreación, no sólo la continuidad de este pueblo, sino la potencia guerrera que representaba el tener hijos.

El pueblo Asirio, con un régimen patriarcal, con características esencialmente guerreras, tenía como objetivo principal del matrimonio la perpetuación y el aumento de la población. Se le concedía al hombre tener concubina según lo permitían sus medios económicos. Era tan importante la

⁵⁴ Enciclopedia Jurídica OMEBA. Ob. Cit. p. 989.

procreación para este pueblo, que el aborto se consideraba un crimen capital y la mujer que lo llegaba a cometer se le empalaba.⁵⁵

En la Edad Media, la familia se considera un núcleo armonioso, en el que cada uno de sus miembros cumple una función; la mujer es la encargada de las labores domésticas y la crianza de los hijos, el padre es el proveedor en el hogar, los hijos heredan el oficio del padre al que deberán ayudar desde muy temprana edad.

Para el señor feudal el hijo primogénito era al que pertenecían íntegramente los bienes, desheredando a los demás hijos, con el objeto de evitar el fraccionamiento del feudo.

La era moderna tiene grandes matices; "...Aparentemente, cuando una sociedad cuenta con una vida cultural intensa, sus mujeres se convierten en miembros activos de ella y se desinteresan de la crianza de los hijos..."⁵⁶ Esto ocurrió entre los siglos XVII y XVIII, los niños eran criados por nodrizas en una total indiferencia de sus padres. "...El Señor Lenoir, escrupuloso funcionario de la policía de París en 1780, registró personalmente 21 mil niños, los cuales menos de mil eran alimentados por sus madres; otros mil fueron criados por nodrizas a

⁵⁵ Ibidem. p. 983.

⁵⁶ BURG, Andrea. La Mujer y la Maternidad. Información Científica y Tecnológica. México. 1983, No. 84. Septiembre. p. 40.

domicilio y 19 mil fueron confiados a nodrizas fuera de la ciudad. El índice de mortalidad infantil, por su puesto, alcanzaba cifras pavorosas; de cada dos niños uno moría antes de los cinco años...”⁵⁷

A finales del siglo XVIII, se tiene la idea de que, mientras más poblado esté un Estado “...más brazos habrá para la hoz o el fusil, según las necesidades del momento”.⁵⁸ Es entonces cuando se exalta la maternidad y las mujeres son las encargadas de producir niños.

En el siglo XIX y principios del siglo XX, la mujer juega un papel primordial en la sociedad, es la encargada de la crianza de los hijos y se relega a la casa donde debe cumplir sus funciones.

La reproducción humana a lo largo del tiempo, ha tenido dos funciones fundamentales: el perpetuar la especie y satisfacer el deseo del hombre de trascender a través de los hijos, los objetivos han variado de pueblo en pueblo y de tiempo en tiempo, pero ninguna cultura a podido ni ha querido suprimir esta función biológica del ser humano, es una necesidad universal la continuidad de la vida.

2.2.- La reproducción humana en el siglo XX.

⁵⁷ *Ibidem.* p. 41.

⁵⁸ *Idem.*

La reproducción en el ser humano es mucho más que una función biológica, "...tiene una dimensión psíquica específica originada en la búsqueda de la plenitud..."⁵⁹ y no sólo en el deseo de perpetuar la especie, es un deseo en el que se unen los tres aspectos esenciales de lo humano: "...lo biológico, lo psicológico y lo espiritual, integrados en una unidad que hace a la persona capaz de salir de sí -hasta- el supremo don de darse a otro, creando comunión y abriéndose a la vida",⁶⁰ deseo que genera la necesidad de crear una nueva vida.

Este deseo de todo ser humano, de trascender a través de un hijo, ha llevado al hombre de ciencia a experimentar, pero también "...El deseo de poder fabricar al hombre..."⁶¹ han sido motivaciones en todas las épocas, pero sobre todo en este siglo, en el que la biología de la reproducción ha tenido grandes avances que a principios de siglo parecían fantásticos.

El surgimiento de técnicas médicas, aparecen como una ayuda científica para que hombres y mujeres realicen el deseo de tener hijos.

Estas técnicas a las que denominamos de reproducción asistida, remontan sus orígenes a varias décadas: "...el primer registro médico que se encuentra

⁵⁹ ROMO ROMÁN, Alicia. Algunas Reflexiones sobre la Fertilización Asistida. Publicación de la Universidad Gabriela Mistral. Santiago de Chile. 30 de septiembre de 1994. p. 5.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Ibidem. p. 7.

documentado apareció en 1788, por John Hunter...⁶² quién logró a través de la técnica de inseminación artificial, que un matrimonio con alteraciones eyaculatorias, lograra concebir un hijo.

No obstante, aunque no existen pruebas fehacientes, diversos autores han afirmado que en 1462, Juana de Portugal, esposa de Enrique IV de Castilla, fue inseminada artificialmente.⁶³

Fue hasta 1838, cuando esta técnica se da a conocer por el Doctor Girault, pero es consagrada por Marion Sims, en 1866. En 1871, el Doctor Gigón, expone ante la facultad de medicina de París toda una tesis sobre inseminación artificial.⁶⁴

En este siglo debido a los avances científicos en materia de inseminación artificial, se hace posible la aplicación de esta técnica a un mayor número de pacientes afectados de esterilidad y que desean tener hijos. En 1911 Roelher da parte de treinta y un inseminaciones artificiales con resultados positivos; en 1927 se publicaron estadísticas donde se reportan 88 casos de los que 33 resultaron exitosos en Francia. Los americanos Seymour y Koerner, en 1942, reportan 9,489 casos, de una encuesta a treinta mil médicos. En el año de 1950 se reportan 1,000

⁶² OLIVARES MORALES, Ángel Sergio. La inseminación artificial como tratamiento de la pareja estéril. Revista de Sanidad Militar. México, 1994. Vol. 48. No. 6. Nov.- Dic. p. 136.

⁶³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. 3a. edic. Editorial Porrúa S. A. México, 1990. p. 658.

⁶⁴ VERA HERNÁNDEZ, Julio. Inseminación artificial en seres humanos: Incidencias jurídicas. Tesis. Facultad de Derecho. UNAM. 1958. p. 30.

embarazos anuales en Francia, en Inglaterra 6,000 y 20,00 en los Estados Unidos.⁶³

Desde que esta técnica apareció, se ha perfeccionado y han surgido otras que han despertado gran polémica.

En 1978 se haría realidad lo que años atrás había vislumbrado Aldous Huxley en su obra literaria 'Un Mundo Feliz': el poder concebir a un ser humano en condiciones diferentes a aquéllas en que son concebidos todos los demás seres. Ante esta gran expectación, el 25 de julio de 1978, nace la primera 'niña de probeta', Louise Brown, en Inglaterra. Los autores de este hecho calificado como un 'milagro' fueron los doctores Robert Edward y Patrick Steptoe, quienes después de años de estudio y de experimentos, lograron efectuar la fecundación del óvulo por el espermatozoidé en un recipiente de vidrio, es decir, que por primera vez la fecundación se realizó en forma extracorpórea.

A partir de ese momento y hasta la fecha, se practican en casi todo el mundo estas formas de reproducción como una medida terapéutica para las parejas estériles que desean tener hijos y se hace realidad esa antigua ambición de trascender dando vida a un nuevo ser.

⁶³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob. Cit. p. 658.

Estas técnicas han levantado grandes polémicas en los diversos sectores de la sociedad: la Iglesia muestra una postura intransigente en el empleo de estas técnicas.

En el año de 1949 "...El Papa Pío XII se dirige al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, declarando proscrita e inmoral esta practica".⁶⁶ Años más tarde en 1951, el Papa, ante el Congreso de la Unión Católica Italiana de Comadronas, señala: "...reducir la cohabitación y el acto conyugal a una simple función orgánica para la transmisión del semen equivaldría en convertir al hogar, el santuario de la familia en un mero laboratorio biológico..."⁶⁷

Las técnicas de reproducción asistida, han sido calificadas como inmorales, van contra la naturaleza del hombre, por lo que las han censurado; no obstante, es un recurso para todo ser humano que desea tener hijos, a través del cual ven cristalizado su amor y ese deseo supremo de dar vida y trascender por medio de un hijo. También se cumple una antigua ambición del hombre de ciencia; el crear una vida, el poder de realizar el milagro de la vida que sólo Dios y la naturaleza hacían posible.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. Op. Cit. p. 27.

Por todo esto, a lo largo de los siglos, la procreación fue considerada un don divino, un deseo supremo del ser humano a perpetuar su especie y a immortalizarse a través de un hijo, por el que podían perpetuar su nombre.

Actualmente, todo es posible, el misterio de la concepción y el inicio de la vida ha quedado al descubierto y los avances científicos producen grandes cambios en la vida del ser humano, se crean problemas reales que el derecho debe resolver y que analizaremos en la presente investigación.

CAPÍTULO SEGUNDO.

LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA Y SUS FORMAS.

1.- La Reproducción asistida.

La ciencia ha logrado descubrimientos asombrosos que repercuten en la vida del ser humano, uno de estos alcances científicos es la técnica de reproducción asistida, que constituye una revolución en la procreación humana. Con esta técnica es posible lograr la concepción de un ser humano, sin que exista acceso carnal en la pareja, logrando que el espermatozoide fecunde al óvulo mediante la manipulación que hace un tercero de estos gametos.

En este capítulo explicaremos cada una de las técnicas de reproducción asistida y los casos en que se recomienda su uso, con el objeto de establecer posteriormente las consecuencias que derivan de la utilización de las técnicas de reproducción asistida y que el derecho debe tomar en consideración.

1.1.- Concepto de reproducción asistida.

Tradicionalmente se ha denominado reproducción al hecho biológico de generar la especie humana, sin embargo este término no es exclusivo de los humanos, "...señala un proceso de formación de un nuevo ser humano que se apoya en los conocimientos de la biología acerca de los organismos vivos; a quienes justamente corresponde el fenómeno de reproducirse".⁶⁸

Gramaticalmente reproducir significa, "Producir de nuevo o volver a producir..."⁶⁹ "...La palabra reproducción, por consiguiente, expresa en primer lugar, la identidad genética en el sentido que el individuo siempre 'reproduce', y lo reproducido es aquello que le es común..."⁷⁰

Asistir, significa "Acompañar a alguien..."⁷¹ "Socorrer, ayudar, favorecer..."⁷²

Utilizamos el término reproducción asistida, porque en el proceso hay una manipulación de las células reproductivas, con el objeto de lograr concebir un nuevo ser humano, es decir, que en el proceso de formación del ser, se realiza una intervención directa de un tercero, que en este caso es el médico, quien manipula las células.

⁶⁸ ROMO ROMÁN, Alicia. *Ob. Cit.* p. 2.

⁶⁹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Ob. Cit.* p. 1179.

⁷⁰ ROMO ROMÁN, Alicia. *Ob. Cit.* p. 2.

⁷¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Ob. Cit.* p. 134.

⁷² *Idem.*

De esta manera evitamos confusiones que se suscitan con términos como inseminación artificial, fecundación y fertilización artificial, que también son técnicas por las que se logra la reproducción humana.

Hay que hacer notar la clara diferencia que existe entre los términos 'inseminación' y 'fecundación'. Inseminación es el medio de que se dispone para poner en contacto las células reproductivas. Fecundación es la unión de los elementos femenino y masculino (óvulo y espermatozoide) de la cual resulta la formación de un 'huevo o cigoto', con lo que se da origen a un nuevo ser.

Algunos autores utilizan los términos de inseminación artificial o el de fecundación artificial, con los que sólo se alude a dos procedimientos por los cuales se puede llevar a cabo la reproducción humana. Mediante la inseminación artificial se introduce en el útero el semen del hombre, en tanto que la fecundación es obra de la naturaleza, no del hombre, por lo que nos parece más adecuado utilizar el término 'reproducción asistida'.

Coincidimos con la definición que hace la maestra Alicia Elena Pérez Duarte: "Por reproducción asistida entiendo todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un medio distinto a la cópula..."⁷³

⁷³ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *Ob. Cit.* p. 57.

En esta definición se contempla no sólo la inseminación artificial, también la fecundación in vitro, la transferencia embrionaria, la transferencia intratubaria de gametos y todas las demás técnicas que pudieran existir con el objeto de que el ser humano se reproduzca por un método distinto a la cópula, proceso en el que un tercero interviene de manera indirecta propiciando la fecundación, por lo que se denomina asistida.

En las técnicas de reproducción asistida, no sólo tiene participación el médico, se contempla también la intervención de un tercero o tercera que aporta alguno de los gametos con los que se realiza la fecundación, situación que más adelante explicaremos.

1.2.- La fertilidad y la esterilidad humana. Causas por las que se utiliza la reproducción asistida.

La fertilidad es la capacidad que tiene el ser humano para concebir un hijo y pueda nacer.

Los estudios médicos afirman que en la mujer la fertilidad máxima se alcanza a los 24 años de edad, sin embargo otros estudios sugieren que después de

los 26 años disminuye gradualmente. Investigadores como Schwart y Mayaux afirman que la fecundidad disminuye después de los 35 años.⁷⁴

En el hombre la fertilidad máxima se alcanza igual que en la mujer a los 26 años, con la diferencia de que no disminuye en forma abrupta, la vida fértil del varón es mucho más larga y va disminuyendo paulatinamente con la edad.

Cuando una pareja no ha logrado tener hijos, se dice que hay una causa de esterilidad y pueden recurrir a las técnicas de reproducción asistida como una medida terapéutica, con el objeto de lograr un embarazo.

Se define a la esterilidad como la incapacidad de una pareja que "...luego de un año de relaciones sexuales frecuentes, sin medidas anticonceptivas, no ha logrado un embarazo".⁷⁵

La literatura anglosajona utiliza el término 'infertilidad', como sinónimo de esterilidad. En México, infertilidad es "...La incapacidad reiterada de llevar a la viabilidad un feto..."⁷⁶ es decir, se logra el embarazo pero el producto no llega a nacer, la forma más común que se presenta es el aborto.

⁷⁴ R. DI. PAOLA, Guillermo, PROCACCINI, Juan C. Enfoque de la pareja estéril. Avances en Reproducción Humana. Editorial Panamericana. Buenos Aires, Argentina, 1988. p.13.

⁷⁵ Ibidem. p. 12.

⁷⁶ Idem

En el entendido de que infertilidad y esterilidad no son sinónimos, emplearemos el segundo término para denominar a la incapacidad de la pareja para tener hijos.

La esterilidad puede ser primaria o secundaria. Es primaria cuando nunca se ha logrado un embarazo y secundaria cuando la pareja tiene el antecedente de algún embarazo.

Las estadísticas señalan que aproximadamente un 20% de las parejas padecen alguna causa de esterilidad. Cuando estas parejas se someten a tratamiento y logran un embarazo, se dice que la esterilidad es relativa. Si la causa de esterilidad es irreversible, ésta será absoluta.

Los casos en los que se recomienda la reproducción asistida son generalmente porque existe alguna causa de esterilidad. Estas técnicas son una medida terapéutica para lograr un embarazo si la esterilidad es relativa. También es la solución para las parejas cuando la esterilidad resulta ser absoluta.

Con el surgimiento de la reproducción asistida "...el acto sexual ha dejado de ser esencial para concebir un hijo".⁷⁷

⁷⁷ La Lucha contra la Esterilidad. Información Científica y Tecnológica. México, 1983. No. 84. Septiembre. p. 22

Las causas por las que se recomienda el uso de las técnicas de reproducción asistida son:

La esterilidad de origen orgánico. En el hombre las causas por las que se presenta son varias; puede ser por trastornos o defectos en los diversos órganos o tejidos del aparato reproductor. Los testículos son los órganos sexuales masculinos encargados de producir las células germinales conocidas como espermatozoides cuya función es fecundar al óvulo.

Algunas veces los testículos no producen espermatozoides, es decir, padecen de azoospermia, o bien pueden sufrir de oligozoospermia cuando la cantidad de espermatozoides es menor a la normal. Polizoospermia si el número es superior al normal y no se permite que tengan la suficiente movilidad para llegar al óvulo y fecundarlo.

Los testículos son los órganos encargados de producir a los espermatozoides que pasan, posteriormente por un tubo a unos depósitos en los cuales existe un fluido blanco pegajoso suministrado por la glándula próstata, a esta combinación se le llama semen. Se produce esterilidad cuando en el líquido seminal no hay ningún elemento viril que haga posible la fecundación, se le llama a este padecimiento necropermia.

La existencia de malformaciones genitales que impiden realizar adecuadamente el acto sexual al varón, son causas que hacen imposible que se logre un embarazo. La impotencia, la eyaculación retrógrada, la obesidad extrema son algunos de los padecimientos.

En la mujer, las causas por las que se recomienda el uso de las técnicas de reproducción asistida son:

El aparato reproductor femenino está formado por varios órganos. Los ovarios, son dos glándulas sexuales que se encargan de producir cada 28 días un óvulo, que puede ser fecundado por un espermatozoide. Cuando una mujer no tiene la capacidad de producir óvulos por alguna alteración orgánica, le será imposible lograr un embarazo. A este padecimiento se le denomina médicamente anovulación.

Las trompas de falopio son los canales por donde se transporta el óvulo a la matriz o útero una vez que es liberado por el ovario. El problema se presenta si la mujer carece de este órgano por alguna malformación, enfermedad o accidente; lo que hace imposible la fecundación y la transportación del óvulo a la matriz. Si las trompas de falopio se encuentran cerradas, se puede recurrir a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida o someterse a una intervención quirúrgica.⁷⁸

⁷⁸ MORRIS FISHBEIN, MD. Enciclopedia Familiar de la Medicina y la Salud. H.S. Stuttman Co., Inc., Editores. Nueva York, EUA, 1967. p.p. 697a 699.

El útero o matriz, es el órgano donde se aloja el óvulo fecundado, llamado huevo. Es aquí donde se desarrollará hasta el momento del nacimiento. Cuando éste órgano no se desarrolla normalmente, tiene alguna malformación genética o por alguna enfermedad o accidente falta en el cuerpo de la mujer, es imposible que pueda tener un hijo.

A veces ocurre que el conducto que deberán atravesar los espermatozoides se halla bloqueado debido a una infección que puede ocasionar inflamación o una severa lesión a las partes orgánicas. En otros casos son las deformaciones congénitas de los órganos sexuales las que pueden producir tal oclusión o hacer la concepción imposible. Alguna irregularidad en el sistema de glándulas de secreción interna llamadas endocrinas o en las hormonas, producen la esterilidad femenina.⁷⁹

Estas son algunas de las causas que afectan al hombre y a la mujer, que los imposibilita para tener hijos. Las técnicas de reproducción asistida resultan ser la solución para que una pareja pueda satisfacer su deseo de trascender creando una vida.

1.3.- Diferentes especies de reproducción asistida.

⁷⁹ Idem.

La reproducción asistida puede realizarse por diversas técnicas. Las que se clasifican de la siguiente manera:

“En relación al lugar en donde se efectúe la fecundación puede ser interna o in vitro...”⁸⁰

La interna es la que se realiza dentro del cuerpo materno y también se le llama corpórea; una de estas técnicas es la llamada inseminación artificial, donde el médico coloca los espermatozoides dentro del seno materno para que fecunden al óvulo. Dentro de esta clasificación también tenemos la transferencia intratubaria de gametos por la cual se colocan los gametos (óvulo y espermatozoide) en la trompa de falopio para que se efectúe la fecundación. Aunque esta técnica está considerada como una modalidad de la fecundación in vitro, donde realmente se realiza todo este proceso natural de formación de un nuevo ser, es en la trompa de falopio. Por lo que la colocamos en esta clasificación.

La ‘in vitro’, también llamada extracorpórea, es la que se realiza fuera del cuerpo materno. Se denomina ‘in vitro’ haciendo referencia al recipiente de vidrio en donde se realiza la fecundación.

⁸⁰ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno filiales. Editorial Porrúa, S.A. México, 1992. p.25.

Dentro de esta clasificación tenemos a la fecundación in vitro y a la transferencia de embriones. En la primera, se extrae de la mujer un óvulo que se coloca en un recipiente de vidrio donde se encuentran los espermatozoides, una vez fecundado, se coloca en la matriz para que se desarrolle normalmente. En la segunda se realiza el mismo procedimiento, con la diferencia de que el óvulo fecundado se va a conservar en determinadas condiciones, hasta llegar a la fase de embrión para ser implantado en la madre.

Esta clasificación es la que comúnmente se utiliza en el campo médico y en el jurídico. El maestro Chávez Asencio, además de esta clasificación hace otras:

“En relación al estado familiar de la mujer...”⁸¹ la reproducción asistida puede ser en matrimonio o en mujer soltera o concubina. La primera se divide según el maestro, si se efectúa con elementos del matrimonio, el óvulo y el espermatozoide deben pertenecer a los esposos; o con elementos extraños a ellos, ya sea el elemento femenino, el masculino o ambos.

En mujer soltera o concubina, los elementos pueden ser de la misma y su pareja o de un extraño.

⁸¹ Idem.

“Después de muerto un cónyuge...”⁸² también llamada inseminación ‘post mortem’, puede realizarse con semen del marido fallecido, o bien realizarse la fecundación in vitro si se ha conservado el espermatozoides del esposo muerto.

Estas son algunas de las clasificaciones que se han hecho de la reproducción asistida; con el avance de la ciencia no dudamos que se descubran nuevas técnicas y como consecuencia nuevas formas para clasificarlas.

A lo largo del desarrollo de este capítulo explicaremos más ampliamente cada una de las formas de reproducción asistida que existen.

2.- La inseminación artificial.

Es un método terapéutico utilizado en personas estériles que desean tener hijos. “Se denomina inseminación artificial al depósito de los espermatozoides en algún sitio del tracto genital femenino que sea adecuado para ellos y cuya finalidad sea la consecución de un embarazo...”⁸³

⁸² *Ibidem*, p. 26.

⁸³ SUÁREZ, Mario, Dr. *Avances en Reproducción Humana*. Instituto Nacional de Perinatología. Reunión anual experiencia en México. Memorias del curso. México, 1988. p. 6.

En ésta técnica de reproducción asistida, las maniobras que se realizan son ajenas al contacto sexual que naturalmente debe haber en una pareja para lograr un embarazo.

En el proceso normal, el semen es colocado por el pene del hombre dentro de la vagina de la mujer, cerca de la apertura de la matriz, desde ahí ascienden hasta llegar a donde se encuentra el óvulo y fecundarlo.

Cuando este proceso no puede llevarse a cabo por alguna causa de esterilidad, se recurre a la inseminación artificial, que es un método de la medicina que puede lograr que una pareja tenga un hijo.

La palabra inseminación etimológicamente proviene del latín 'inseminare' que significa "sembrar en..."⁸⁴, una semilla se siembra para que dé un fruto, aplicado este concepto a nuestro tema podríamos comparar al óvulo y al esperma con la semilla que se sembrará en el útero y cuya finalidad es concebir un hijo, que representa al fruto en sentido figurado. Mediante esta técnica se logra que se den las condiciones necesarias para que se pueda lograr un embarazo.

⁸⁴ ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Editorial Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España, 1979. tomo XXVI II. p. 1698.

2.1. Diversas clases de inseminación artificial.

De acuerdo con la procedencia del semen, podemos clasificar a la inseminación en homóloga y heteróloga.

Es homóloga cuando se realiza con el semen del esposo. Esto presupone que hay un matrimonio y una causa de esterilidad por la que la persona es inseminada con el semen del marido, haciendo posible el embarazo.

La inseminación heteróloga es la que se realiza con semen de un tercero llamado donador, generalmente se utiliza este tipo de inseminación cuando la causa de esterilidad en el marido es incurable.

Para el Profesor Gutiérrez y González, la inseminación heteróloga se divide en dos clases: "a) En mujeres casadas, y b) En mujeres solteras".⁸⁵ En el primer caso el marido está imposibilitado para tener hijos por lo que se recurre a un tercero para que aporte el semen con el que la esposa va a ser inseminada. En el segundo caso, la mujer desea tener un hijo pero no tiene una pareja o teniéndola como en el concubinato, recurre a un donador, porque adolece de alguna causa de esterilidad.

⁸⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob. Cit. p. 660.

Por algún tiempo se experimentó mezclando el semen del esposo y del donador, esta inseminación mixta no obtuvo resultados favorables por lo que no es recomendable.

“La inseminación artificial, de acuerdo al sitio del tracto genital femenino en que se practique puede ser:”⁸⁶

Paracervical.- Cuando se deposita el semen fresco en las inmediaciones del cérvix.

Intracervical.- Cuando los espermatozoides se depositan en el canal endocervical o cuello uterino.

Intrauterina.- Los espermatozoides son colocados en el interior del útero, en este caso los gametos deben tener determinadas características, es decir, desprovistos del plasma seminal y previamente sujetos a un procedimiento de capacitación en el laboratorio.

“Según el estado del eyaculado:”⁸⁷ la inseminación se puede practicar con semen fresco o con semen conservado en congelación.

El semen fresco puede conseguirse fácilmente cuando procede del marido. Cuando no es así resulta difícil tener un donador disponible a la hora en

⁸⁶ SUÁREZ, Mario, Dr. Ob. Cit. p. 88.

⁸⁷ PÉREZ PEÑA, Efraín. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología en la Reproducción. Editorial Salvat Mexicana, S.A. de C.V. México, 1881. p. 409.

que es adecuado realizar la inseminación.

Con el tiempo se descubrió que el semen podía conservarse a bajas temperaturas, así aparecieron en el mundo bancos de espermatozoides. A este procedimiento se le denomina 'criopreservación del semen'.

Las ventajas que ofrece esta técnica de conservación del semen son: conservar los espermatozoides por algún tiempo, de varones que se someten a radioterapia, quimioterapia, vasectomía y aún en individuos de edad avanzada o con características genéticas raras. La desventaja que ofrece esta técnica es que las tasas de embarazo son menores que si se utiliza el semen fresco, pues entre más tiempo permanezca en criopreservación más disminuye su movilidad y su capacidad de fecundar.

2.2. Método por el que se realiza la inseminación artificial.

La inseminación artificial consiste en la transferencia directa del espermatozoide en la vagina, en el cuello uterino o en el interior de la cavidad uterina. Este depósito que se hace en la mujer debe llevarse a cabo cerca del periodo de ovulación, lo que permitirá que se tengan más posibilidades de lograr un embarazo.

La primera fase de este método consiste en extraer el semen ya sea del marido o de un donador. El esperma se someterá a un procedimiento de capacitación. Una vez que de manera natural el varón deposita los espermatozoides en el cuerpo de la mujer, inician un recorrido a lo largo del útero ascendiendo hasta las trompas de falopio en donde se encuentran con el óvulo. Durante este recorrido se van eliminando los gametos generalmente con algún defecto, de manera que sólo pocos llegan al óvulo y sólo uno logra fecundarlo.

Esta capacitación se puede llevar a cabo en el laboratorio, para tal efecto, es necesario someter al semen a un periodo de preincubación de cinco horas, después de las cuales se procederá a capacitarlos por cualquiera de las siguientes formas:

La eyaculación fraccionada. Por este método se puede obtener semen de mejor calidad utilizando la primera parte del eyaculado. Otra técnica consiste en hacer pasar el semen por columnas de lana de vidrio o albúmina líquida. El lavado de esperma es otra forma de capacitarlos, se hace una recolección de espermatozoides, se mezcla con una solución nutritiva, se revuelve en el centrifugado para separarlo del fluido seminal, nuevamente se mezcla el esperma con la solución nutritiva y se regresa al centrifugado, así es como se logra eliminar el fluido seminal del esperma y otros factores que pueden ser origen de la infertilidad o del rechazo que la mujer puede presentar. Así es como se conservan los espermatozoides más vitales, con mayor movilidad y con más capacidad para fecundar.

Una vez que es seleccionado el semen, se procede a realizar la inseminación. Cuando la mujer se encuentra en el periodo ovulatorio, es decir, entre el día décimo y décimo sexto de su ciclo menstrual promedio. Por medio de un catéter es depositado el esperma en el seno materno. De aquí en adelante seguirá un proceso natural, será fecundado el óvulo, se alojará en el útero y se desarrollará un nuevo ser.

Esta técnica relativamente sencilla permite que el médico intervenga solamente ayudando a la naturaleza con el depósito del semen; el resto es tarea del organismo.

3.- La fecundación in vitro.

Se llama fecundación a la unión del óvulo y el espermatozoide. Una vez que el semen es depositado en el cuello uterino, avanza a través de la matriz hasta la parte donde se encuentra el óvulo, esto es, en las trompas de falopio.

Para que ocurra la unión de los gametos, los espermatozoides liberan una sustancia que dispersan las células de la cubierta con la que el óvulo esta protegido, así es como el gameto masculino logra penetrar a través de la membrana y ningún otro logra hacerlo.

Los dos núcleos de los gametos se unen y forman uno sólo con los 46 cromosomas que todo ser humano posee. Una vez que se efectúa la fecundación se forma un huevo o cigoto que inicia un recorrido al útero. Durante este trayecto principia la división celular. A la primera fase se le conoce como mórula y dura 30 horas. La segunda etapa se denomina blástula o blastocito, se presenta durante el cuarto o quinto día después de la fecundación; durante esta fase se forma el trofoblasto y el disco embrionario. Horas después el trofoblasto se convierte en la placenta y el disco embrionario en el embrión. Del sexto al décimo día el huevo o cigoto llega a la cavidad uterina donde se implanta para su desarrollo.

Todo este proceso se lleva a cabo dentro del seno materno. El avance de la ciencia ha permitido que pueda realizarse la fecundación en un recipiente de vidrio, y conservarse el huevo o cigoto en un ambiente artificial con características muy parecidas a las que hay en el interior del cuerpo, hasta la fase de blastocito, donde tiene lugar la formación del embrión.

Esta técnica en particular ha levantado gran polémica. La iglesia católica y algunas otras instituciones religiosas, manifiestan que "...representa al igual que la anticoncepción, una interferencia con la naturaleza y por lo tanto inaceptable..."⁸⁸ Para el teólogo protestante Paul Ramsey, la fecundación in vitro

⁸⁸ ROBERT, Manuel. Concepción Humana In Vitro. Revista Naturaleza. México, 1978. No. 5. Octubre, 1978. p. 273.

es inmoral "...por la incertidumbre de si el bebé tendrá un desarrollo normal y será sano..."⁸⁹

A partir de que se descubrió este método y hasta la fecha se han realizado innumerables embarazos producto de la fecundación in vitro y en ninguno de ellos se sabe que se hayan reportado anormalidades en el desarrollo del niño tanto antes como después del nacimiento.

No consideramos que su uso vaya en contra de la naturaleza, su finalidad es lograr que tanto el hombre como la mujer que se encuentran incapacitados sean padres y la paternidad no es inmoral.

Sin embargo los problemas que se presentan en cuanto a que si se es padre o madre genéticos, biológicos o sociales, son situaciones que la medicina y el derecho deben controlar.

3.1. Método por el que se realiza la fecundación in vitro.

El procedimiento que se sigue para realizar la fecundación in vitro, consta de tres etapas: "...1) La obtención de un óvulo maduro; 2) La fertilización in vitro y

⁸⁹ *Ibidem*. p. 274.

el cultivo del cigoto y 3) La implantación del embrión en la cavidad uterina.”⁹⁰

Para realizar la primera etapa de este procedimiento, es necesario estimular a la mujer con hormonas para que produzca óvulos, mediante un equipo de ultrasonido “...diariamente se vigila el desarrollo de los folículos: cuando se detecta que alguno ha alcanzado el diámetro de dos a tres centímetros -folículo maduro- ...”⁹¹ se procede a extraer el gameto o gametos.

Para la obtención del óvulo maduro se realiza una pequeña operación llamada laparoscopia, que consiste en hacer una incisión de aproximadamente 3 cm., en el abdomen de la mujer a la altura donde naturalmente se localizan los óvulos, se procede a extraer por aspiración los folículos que a simple vista estén más crecidos. Una vez que se obtienen son observados al microscopio para precisar su grado de madurez.

La siguiente fase de esta etapa consiste en obtener el semen del marido, de un tercero o el que se encuentra en criopreservación.

Cuando el semen que se va a utilizar proviene del esposo o de un tercero, con indicación de tres días de abstinencia sexual, se obtendrá por medio de la

⁹⁰ ZARATE T., Arturo y MACGREGOR S., Carlos. Fertilización Extracorpórea: aspectos médicos y económicos. Revista Ciencia y Desarrollo. México, 1987. Año 11. No. 65. Nov. - Dic. 1985. p. 24.

⁹¹ Ibidem. p. 25.

masturbación. Una vez que se tiene la muestra se somete a alguna de las técnicas de capacitación espermática y se lleva a la incubadora donde permanecerá hasta que sea utilizado.

Los ovocitos son observados periódicamente, deben estar en un medio adecuado, en cuanto a temperatura, luz, atmósfera gaseosa y aire corriente para su desarrollo, similares a los que hay dentro del cuerpo. Cuando llegan a su grado máximo de madurez, se procede a fertilizarlos.

Fertilización es un sinónimo de fecundación. En esta segunda etapa se exponen los ovocitos a los espermatozoides que son colocados en un recipiente de vidrio y devueltos a la incubadora, donde periódicamente serán observados hasta encontrar un "...concepto bicelular, que se hará de 4 a 8 células a las 36-48 horas, de 10-16 a los 48-72 horas ..." ⁹² así se determina el grado de desarrollo de la fecundación y del embrión, cuando alcanza la etapa de mórula está listo para ser implantado en el seno materno.

La tercera etapa se realiza implantando en la cavidad uterina uno o varios embriones mediante una cánula especial. El porcentaje de embarazos aumenta de un 40 a un 45% si se transfieren varios embriones y se realiza el procedimiento tres veces, existe la posibilidad de un embarazo gemelar o múltiple, pero el

⁹² KABLY AMBE, Alberto Jr. Fertilización in vitro. Revista de Perinatología. Editorial Piensa, S.A. México, 1987. Año 2, No. 9 Mayo- Junio. p. 18.

porcentaje es mínimo, también existe el riesgo de que se presente un aborto en un porcentaje del 25% y de un 10 a un 15% de que la mujer que se someta a la fecundación in vitro logre el nacimiento de un niño.

4.- La transferencia intratubaria de gametos.

Es la técnica de reproducción asistida por la cual se colocan los gametos, femenino y masculino en el sitio donde naturalmente ocurre la fecundación, esto es, en una de las trompas de falopio.

En el proceso natural, el óvulo es liberado por el ovario y depositado en un tercio externo de la trompa de falopio, lugar hasta donde llegarán los espermatozoides para encontrarse con el óvulo y fecundarlo.

Esta técnica permite que la reproducción sea mucho más parecida a la que naturalmente se lleva a cabo dentro del cuerpo de la mujer. Con la aplicación de esta técnica se superan los resultados de embarazos logrados con otras técnicas.

Para que se realice la transferencia intratubaria de gametos es necesario realizar exámenes médicos a la pareja para saber si ellos pueden ser quienes aporten el óvulo y el espermatozoide, o si se requiere de terceros que donen los gametos.

De manera que la mujer que recibe los gametos puede no ser la madre genética del producto, sólo aportará su vientre para que se desarrolle el embrión. El esposo puede aportar el espermatozoides lo que lo convierte en el padre del niño, si no lo aporta no tendrá ninguna relación genética con el producto.

El método por el que se realiza la transferencia intratubaria de gametos es el siguiente:

La primera etapa de este procedimiento consiste en extraer óvulos maduros de la mujer. Esto se realiza a través de una pequeña incisión de 3 cm., en el abdomen a la altura del sitio donde se localiza el ovario, se introduce un catéter conectado a un equipo especial por el que se aspiran los óvulos.

Cada folículo (óvulo) extraído es colocado en un tubo de ensayo y vaciado posteriormente en otro recipiente para ser observado al microscopio, donde se seleccionan y clasifican de acuerdo a las características de madurez, que no tengan ninguna degeneración en cuanto a su composición química y orgánica; después se colocan en una incubadora hasta el momento en que sean transferidos.

Una vez que se han seleccionado los folículos y preparado el semen de acuerdo a las técnicas de criopreservación para la inseminación artificial, se procede a transferir los gametos.

Para la transferencia se utiliza un catéter conectado a una jeringa especial, que contiene los gametos femenino y masculino separados por una columna de aire. Se introduce el catéter en el cuerpo de la mujer, a través de una pequeña incisión, buscando la trompa de falopio, donde se depositarán los gametos. Una vez colocados se espera entren en contacto y se fecunde el óvulo. El mismo procedimiento se realiza en la otra trompa de falopio. De aquí en adelante el médico sólo observará si se realizó la fecundación y el desarrollo del producto.

Para que la transferencia tenga éxito, deberá realizarse dentro del periodo fértil de la mujer y la extracción del óvulo debe hacerse en la fase ovulatoria.⁹³

5.- La transferencia de embriones.

Esta técnica se considera complementaria de la fecundación in vitro, tiene características propias. La transferencia embrionaria, es el procedimiento por el cual se coloca en el útero de la mujer un embrión para su desarrollo.

La transferencia de embriones tiene dos modalidades. La primera es cuando el óvulo es fecundado por el espermatozoide en un tubo de vidrio, (fecundación in

⁹³ Cfr. ASCH H. Ricardo, CARBAJAL HERMES, Jaimes. Transferencia intratubaria de gametos (GIFT). Revista Médica. Editorial Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina, 1988. pp. 326 a 333.

vitro) este huevo es conservado y después depositado en el útero de la mujer. La técnica en esta modalidad es complemento de la fecundación in vitro.

En la segunda modalidad una mujer voluntariamente se somete a una inseminación artificial con el semen del marido de otra mujer que por alguna razón está incapacitada para tener hijos.

Durante el ciclo ovulatorio se procede a realizar la inseminación a la 'donadora' una vez practicada, después de 4 o 5 días se le realiza un lavado uterino para recuperar el óvulo fecundado, en fase de blastocito.

La mujer que ha de recibir el óvulo, debe estar perfectamente sincronizada con su donadora en cuanto al periodo de fertilidad para que reciba sin ningún problema al embrión.

Los embriones se van a transmitir vía vaginal por un catéter transparente conectado a una jeringa especial que contendrá al embrión o embriones.

En la transferencia de embriones a diferencia de la fecundación in vitro, todo el proceso natural de fecundación se realiza en el seno materno, mientras que en la segunda este procedimiento se lleva a cabo en un tubo de vidrio.

Se dice que se realiza en el seno materno, pero con frecuencia los gametos utilizados no son de la mujer a quien finalmente se le entregará al niño. Cabe la posibilidad de que tanto el óvulo como el espermatozoide sean de terceros y no de la pareja que solicita la transferencia de embriones; tanto la mujer como el hombre que donan sus gametos deben aceptar entregar el producto a esa pareja, pues genéticamente el niño será su hijo.⁹⁴

6.- Maternidad subrogada.

Parecería ilógico hablar de maternidad subrogada, que presupone la sustitución de la madre por otra persona. Se ha dicho que la maternidad es siempre cierta y se prueba con el nacimiento.

La ciencia nos pone ante situaciones que parecerían una ficción pero que se dan en la realidad con el uso de las técnicas de reproducción asistida.

En la maternidad subrogada, una mujer proporciona su vientre para que el producto se desarrolle hasta su nacimiento, posteriormente entregará el niño a la pareja cuya mujer es estéril.

⁹⁴ Cfr. KABLY AMBE, Alberto Jr. Ob. Cít. pp. 15 a 18.

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

Dan lugar a esta figura la fecundación in vitro, la transferencia de embriones y la transferencia intratubaria de gametos.

Para que un ser humano exista, es necesario la unión de un óvulo y un espermatozoide, que contienen toda la información genética que un ser humano posee. En el caso de la maternidad subrogada, el producto no tiene ninguna vinculación genética ni consanguínea con la persona que lo tiene en su seno aunque para nuestro derecho se considera que la madre es la que da a luz al niño, ésta no lo será en realidad.

Está científicamente comprobado que el feto tendrá su propia información genética y no se mezclará con la de la mujer en la que se gesta, ella sólo lo proveerá del alimento a través de la placenta.

En el plano jurídico, el 'préstamo de útero' o 'maternidad subrogada' es una situación que el derecho no se ha planteado y que puede suscitar innumerables conflictos en la sociedad en los que el más perjudicado será el niño producto de alguna de las técnicas de reproducción asistida.

CAPÍTULO TERCERO.

LEGISLACIÓN EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.- Legislación mexicana relativa a reproducción asistida.

El siglo XX avanza a pasos agigantados, la ciencia ha hecho posible acontecimientos que el hombre jamás soñó: la llegada del hombre a la luna, la cura de muchas enfermedades, la computadora, las armas nucleares; entre otros grandes descubrimientos, han hecho que las leyes resulten insuficientes para resolver las necesidades de la vida moderna.

La biología es una de las ciencias que registran un importante avance. La llamada ingeniería genética, la biotecnología y la biología de la reproducción, son algunas de sus ramas que han hecho posible que el ser humano se reproduzca de manera asexual, con la manipulación que hacen los científicos de los gametos masculino y femenino.

Esta revolución tecnológica de la reproducción humana, tiene repercusiones en la institución de la familia. Ante este hecho el legislador no ha puesto la debida

atención y es ya una necesidad regular este tema adecuando al derecho a la realidad social.

La ciencia y la tecnología deben ir a la par del derecho, pues a éste corresponde armonizar a la sociedad.

1.1.- Análisis del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la ley suprema de nuestro país, en ella el Estado reconoce los derechos que debe tener un ser humano y que son consagrados en los primeros veintinueve artículos con el nombre de garantías individuales que son los derechos que "...posee la persona en su calidad de ser humano, sin distinción alguna..."⁹⁵

Una de estas garantías individuales es la que consagra el artículo 4º "El hombre y la mujer son iguales ante la ley." "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos." Estos dos párrafos fueron creados por decreto del Ejecutivo, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974. En su origen el

⁹⁵ GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel. Derecho. 8a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1979. p. 34.

contenido de este precepto era lo que actualmente forma el artículo 5º relativo a la libertad de dedicarse al trabajo, industria o comercio que se desee.

En el segundo párrafo se hace mención a una garantía de igualdad, reafirmando en primer término lo establecido en el artículo 1º “...todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución...”, sin embargo, el entonces Presidente de la República, Luis Echeverría consideró que “...la situación general se ha modificado profundamente y por ello resulta indispensable proceder a una completa revisión de los ordenamientos que, en uno u otro ámbito, contemplan la participación de la mujer en los procesos educativo, cultural, económico y social...”⁹⁶ “...la mujer debe disfrutar de absoluta igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus responsabilidades...”⁹⁷ así fue como se elevó al plano Constitucional la igualdad de sexos.

Es de especial importancia para el desarrollo del presente trabajo de investigación, el tercer párrafo del artículo 4º, se refiere a la libertad procreativa. Puede parecer ilógico y hasta cierto grado perjudicial para la humanidad que se consagre la libertad procreativa, cuando el aumento de la población en el mundo está llegando a límites alarmantes, lo que traería consigo graves carencias para toda la sociedad.

⁹⁶ México a través de sus Constituciones. Los derechos del Pueblo Mexicano. Tomo I. H. Cámara de Diputados LV. Legislatura. 4a. edic. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994. p. 1240.

⁹⁷ Idem.

No obstante, generar la especie, ha sido desde el principio de la humanidad una función natural del hombre. "...En esencia es un movimiento del acto libre del ser."⁹⁸

Así es como nuestra ley fundamental consagra la libertad de procreación, que se puede entender en dos sentidos: "...por un lado, consagra el derecho de la persona a no procrear..."⁹⁹ por otro lado, "...sienta un principio permisivo para quien decida tener hijos ..." ¹⁰⁰

El legislador de 1974, considera que al insertarse este párrafo en nuestra carta magna se estaba consolidando la libertad del hombre y la mujer a decidir sobre el número de hijos, reconociendo una facultad inherente a la persona. Pero estaba la sociedad ante el peligro de aumento de la población basada en esta libertad.

En los años 70's, nuestro país vivió el fenómeno de la explosión demográfica, la población se duplicaba en forma alarmante. Por su parte el Estado, a través de la reforma constitucional, iniciaba un programa de control de la natalidad, mediante la planificación familiar por una política de persuasión que el gobierno difunde en los diversos medios de comunicación, creando la conciencia

⁹⁸ CASTRO V. Juventino. Garantías y Amparo. 7a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1991. p. 61.

⁹⁹ GARCÍA MENDIETA, Carmen. Fertilización Extracorpórea: Aspectos Legales. Revista Ciencia y Desarrollo. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1985. Año 11. No. 65. Nov.-Dic. p. 33.

¹⁰⁰ Idem.

de los individuos de que entre menos hijos tengan, mayor posibilidad tendrán de atenderlos y educarlos de una manera decorosa. Sin embargo la decisión final corresponde a la pareja, en ejercicio de su libertad procreativa, el estado no puede coartarles el derecho que la Constitución establece.

Nuestra carta magna no cuestiona el derecho de hombres y mujeres a tener hijos, lo protege, al establecer que toda persona tiene derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos. "...no se deduce ningún impedimento para que la persona - titular del derecho - acuda a los modernos medios científicos para lograr la paternidad o la maternidad."¹⁰¹ La Constitución está reconociendo que la libertad de procreación es inherente al ser humano, por lo que válidamente puede acudir a los modernos métodos científicos para lograr tener hijos.

Este tercer párrafo del citado artículo 4º "...constituye el marco constitucional que fundamenta la política que permite a las autoridades del Estado incidir, dentro del respeto a las libertades y potestades de los gobernados en el volumen y crecimiento de la población..."¹⁰² pero no le puede negar a la pareja el derecho a tener hijos, aunque sean producto de la reproducción asistida. En dado caso, lo que le corresponde a la ley ordinaria es regular todo lo relativo a estas técnicas para que, llegado el caso, se puedan resolver las controversias.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 33,34.

¹⁰² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 8a. edic. Editorial Porrúa S.A. México, 1995. p. 43.

El Código Civil en el artículo 162, establece el mismo derecho que nuestra Constitución “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos”. Este principio igualmente respeta la libertad de procreación y es en este ordenamiento donde la familia tiene su marco jurídico. Considerando que los hijos producto de la reproducción asistida serán parte de esta institución, entonces le corresponde a este ordenamiento regular la situación jurídica de ellos dentro de la familia como en la sociedad.

Esta adecuación de nuestros ordenamientos legales a la vida moderna, es cada vez más necesaria. El Código Civil debería establecer en su artículo 162 párrafo segundo : “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, aún si son producto de la reproducción asistida”. Al igual que este artículo muchos otros requieren actualizarse, más adelante analizaremos las posibles consecuencias que traen la aplicación de estas técnicas y su solución que se propone en este trabajo de investigación.

1.2.- Disposiciones de la Ley General de Salud sobre inseminación artificial.

El artículo 4º de la Constitución, en su párrafo cuarto establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud...” esta es la base por la que se

publica en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, la Ley General de Salud.

Dentro de las finalidades que tiene la reglamentación del derecho a la protección a la salud, se encuentran:

El bienestar físico y mental del hombre, para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades.

La prolongación y el mejoramiento de la calidad de la vida humana.

El desarrollo de la enseñanza y la investigación científica y tecnológica para la salud.

Estas finalidades que establece el artículo 2º de la Ley General de Salud, son de especial interés para el desarrollo del presente trabajo de investigación, toda vez que las técnicas de reproducción asistida involucran directamente la salud de la mujer que se sujeta a su práctica y del niño producto de estas técnicas; recordemos que la reproducción asistida son todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un medio distinto a la cópula. Todo este proceso requiere de la utilización de una serie de medicamentos, intervenciones quirúrgicas y manipulaciones que realiza el médico para lograr la procreación.

La Ley General de Salud, resulta ser el ordenamiento jurídico idóneo para regular las técnicas de reproducción asistida en cuanto a su aspecto sanitario, es decir, el procedimiento científico de investigación y aplicación en seres humanos.

La ley en comento establece en el artículo 3º, lo que es materia de salubridad general; entre sus fracciones destaca: la coordinación de la investigación para la salud y el control de ésta en los seres humanos. Las técnicas de reproducción asistida son el resultado de los avances en la investigación de la biología de la reproducción y de la ingeniería genética, su propósito fundamental es lograr que el ser humano que no pueda procrear, tenga hijos.

Todos estos procedimientos requieren una manipulación de las células germinales, el uso de medicamentos en la mujer, así como intervenciones quirúrgicas que traerían como consecuencia un deterioro en la salud de la mujer y existe el riesgo de que el producto no nazca cien por ciento sano, por lo que el Estado a través de sus órganos competentes debe controlar, como lo establece este artículo, la aplicación de la reproducción asistida en los seres humanos.

En el mismo sentido, la fracción XV, del citado artículo establece: es materia de Salubridad General "El control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y cadáveres de seres humanos..." Es decir, que el Estado, a través de las autoridades sanitarias debe controlar el tráfico de gametos y embriones que se utilizan para la realización de la reproducción asistida.

Para tal efecto, la Ley General de Salud establece en el título décimocuarto, lo relativo al “Control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y cadáveres de seres humanos”, y en su artículo 314, define algunos conceptos que por la importancia para el tema en estudio citamos a continuación:

“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;”

“III.- Células germinales: Las células reproductoras masculinas y femeninas capaces de dar origen a un embrión;

“IV.- Pre-embrión: 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 décimosegunda semana gestacional;

“VI.- Feto: El producto de la concepción a partir de la décimotercera semana de edad gestacional hasta la expulsión del seno materno;”

“IX.- Producto: Todo tejido o sustancia excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales. Serán considerados productos, para los 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.”

Para que se pueda llevar a cabo la reproducción asistida, se requiere la obtención de óvulos y espermatozoides denominados células germinales, que el cuerpo humano produce a través de un proceso fisiológico por el cual si se reúnen las condiciones internas en las que se juntan los dos gametos, se da origen a un nuevo ser. Tanto el hombre como la mujer, a lo largo de su vida reproductiva generan miles de gametos, la mayoría de ellos son desechados por el organismo sin que se cumpla su propósito.

Actualmente estas células pueden ser conservadas en congelación durante largo tiempo sin alterar su composición química y su función biológica. También es posible conservar en congelación al óvulo fecundado, denominado preembrión o embrión, en espera de ser implantado en el seno materno.

En este título la ley en cita, tutela la disposición que se hace de estas células germinales y de su producto. Para que cualquier institución pueda disponer de estas células se requiere de una autorización que deberá otorgar la Secretaría de Salud, (art. 319) lo que quiere decir que toda investigación que se realice con los gametos debe contar con la autorización del gobierno.

Esta ley contiene una serie de disposiciones de orden genérico aplicables a la obtención de órganos y tejidos que también podríamos aplicar a la disposición de células germinales, preembriones y embriones para la práctica de la reproducción asistida.

En primer término recomienda la ley en comento, que cualquier trasplante sólo se realice con fines terapéuticos, que el riesgo sea mínimo para las personas y se base en los resultados obtenidos en las investigaciones, las que deberán ser de carácter satisfactorio. Denomina la ley, donante originario, a aquella persona que tiene el órgano o tejido; y receptor a quien va a recibir el trasplante. Cuando el donante originario quiera donar sus células germinales, se requiere que manifieste su consentimiento por escrito, ante notario público o ante dos testigos, pudiendo revocarlo en cualquier momento (art. 324).

También se autoriza el establecimiento de bancos de semen, óvulos y embriones, al decir el artículo 329 "...podrán instalar y mantener para fines terapéuticos: Bancos de órganos, tejidos y sus componentes..." lo que abre la

posibilidad de realizar todo tipo de investigaciones con gametos así como para practicar cualquier técnica de reproducción asistida.

En México, es un hecho la reproducción asistida. Varias instituciones públicas y privadas la practican. La Ley General de Salud reglamenta determinadas cuestiones en cuanto a la aplicación, sin embargo se debe tomar en cuenta que para que tenga resultado dicha técnica, se realiza una estimulación ovarica en la mujer, con el propósito de obtener varios óvulos para fecundarlos, los cuales no todos son implantados en el útero, sino que se conservan en congelación con el objeto de ser investigados.

Sobre estos embriones no hay una reglamentación que proteja esta posibilidad de vida que representan los embriones. Ante esta situación en Estados Unidos los Institutos Nacionales de Salud han publicado un listado que rige la conducta médica en la investigación genética; se permite previa autorización:

"1.- Investigación con embriones no utilizados por las clínicas de fecundación in vitro, hasta los 14 días después de la fertilización.

"2.- Maduración de óvulos sin fecundar -partogénesis- para ensayos científicos.

"3.- Creación limitada de embriones para una investigación fundamental o apremiante.

"4.- Extracción de células embrionarias (biopsia de blastómeros) antes de la implantación en el útero.

Se prohíbe:

"1.- Transferencia de embriones humanos a animales para su gestación.

"2.- Investigación en embriones con el tubo neural completamente cerrado (décimo octavo día).

"3.- Clonación de embriones por trasplante del núcleo celular.

"4.- Creación de quimeras, ya sea entre humanos o humano-animales.

"5.- Transferencia de embriones a otra cavidad corporal que no sea el útero.

"6.- Selección del sexo del futuro bebé, excepto para prevenir enfermedades hereditarias ligadas al cromosoma sexual X.

"7.- Embarazo en mujeres con fines científicos.

"8.- Separación de blastómeros -formación de gemelos- para la gestación.

"9.- Fabricación de embriones para obtener material biológico.

"10.- Empleo de espermatozoides, óvulos y embriones de donantes que reciben algo más de una 'razonable' compensación, así como de aquellos que no dan el consentimiento explícito para su uso en investigación."¹⁰³

¹⁰³ COPERIAS M., Enrique. Embriones Humanos de Usar y Tirar. Revista Muy Interesante. Editorial Palsa S.A. de C.V. México, 1995. Año XII, No. 6. p. 6,7.

Ninguna de estas cuestiones prevé la Ley General de Salud y es importante que en nuestro sistema jurídico se tomen en cuenta. Este listado contiene los puntos más relevantes en la investigación genética y de la reproducción humana, que la comunidad médica estadounidense elaboró y han servido de guía a otros países donde se realizan estas investigaciones.

En cuanto al destino final de los embriones y de las células germinales, el artículo 334 de la multicitada ley dispone que "...deberá ser manejada en condiciones higiénicas y su destino final será la incineración, salvo que se requiera para fines terapéuticos, de docencia o investigación..."

No obstante que en la ley se prevea como destino final de los embriones y de las células germinales la incineración y excepcionalmente la investigación, es importante que se especifiquen las modalidades, pues el óvulo al ser fecundado representa una posibilidad de vida que merece el mismo respeto que la vida de un ser humano, por lo que su producción y conservación debe ser limitada.

Por otra parte la ingeniería genética es una ciencia que representa un gran avance pero también un riesgo para la humanidad, se podría llegar en un futuro a controlar el sexo del producto, a fabricar seres humanos idénticos no sólo físicamente sino también genéticamente, mezclas de humanos y animales; que no

beneficiarían a la especie humana, este es el motivo más importante para que el derecho regule tan delicado tema.

Por otra parte, en el capítulo V del título décimoctavo, dedicado a los delitos, dispone: "Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento si ésta fuera menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años; si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo se le impondrá prisión de dos a ocho años".

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

Este artículo está tipificando un delito, que en doctrina se denomina 'especiales', es decir, son conductas que sanciona la Ley General de Salud, tratando de proteger un interés jurídico, que en este caso es la integridad física de la mujer, así como su salud. El sujeto activo en este delito, es la persona que realiza la inseminación, esta puede ser médico o un tercero sin ningún conocimiento científico. El sujeto pasivo es la mujer a la que se practica la inseminación. Es requisito esencial para que se constituya el ilícito, que la mujer no exprese su consentimiento por ningún medio o que aún expresándolo no sea válido, por minoría de edad o incapacidad.

Al tipificar este delito, se trata de proteger la salud de la mujer y su integridad, aunque la inseminación artificial es un procedimiento aparentemente sencillo, si la manipulación de semen no se hace con el debido cuidado y con todos los análisis necesarios al esperma, la receptora podría sufrir graves consecuencias, como lo son las enfermedades venéreas o el SIDA, además del riesgo que representa el embarazo. Debemos tomar en cuenta que el producto también puede resultar perjudicado con ciertos padecimientos hereditarios, pero es más importante el problema psicológico para la criatura al saber su origen.

La sanción que establece el tipo, va a depender del resultado; es decir, si como consecuencia de la inseminación artificial se produce el embarazo, la penalidad es de dos a ocho años; y de uno a tres años si no hay embarazo.

El segundo párrafo del citado artículo, establece que en caso de que se practique la inseminación artificial en los establecimientos autorizados, es indispensable que la mujer tenga el consentimiento de su cónyuge, de no contar con el, su consentimiento no será válido; pero no especifica la sanción para el caso de que la esposa se haga inseminar sin la debida autorización de su cónyuge. En este supuesto creemos que las consecuencias serían para el producto, a quién se le podría desconocer como hijo o ser considerado ilegítimo.

1.2.1.- Disposiciones del Reglamento de la Ley General de Salud sobre inseminación artificial.

El 6 de enero de 1987 fué publicado en el Diario Oficial de la Federación el 'Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud'. En la exposición de motivos se consideró que en la investigación para la salud se "...debe atender aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a investigación..." así mismo es necesario sujetarse a un control con el fin de evitar riesgos a la salud, guiándose por principios científicos, éticos y a normas de seguridad. Es objeto esencial de este reglamento proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad.

Este reglamento es de aplicación en todo el territorio nacional, sus disposiciones son de orden público e interés social. El objetivo de este reglamento es proveer en la esfera administrativa el cumplimiento de la ley General de Salud, en la parte relativa a la investigación para la salud (art. 1).

Es de suma importancia este reglamento, pues en él se menciona a la fertilización asistida y la define en el artículo 40, fracción XI como "...aquella en que la inseminación es artificial (homóloga o heteróloga) e incluye a la fertilización in vitro". Sin embargo el término fertilización no es adecuado para aplicarse a los humanos, aunque en términos genéricos signifique la unión de gametos femenino y masculino, en medicina se utiliza el de fecundación para denominar al proceso de concepción en el ser humano.

Aunque en esta definición se trata de contemplar tanto a la inseminación como a la fecundación in vitro, no establece claramente lo que se trata, además de que actualmente no son esas las únicas formas de lograr la concepción de un ser humano por medios artificiales; por lo que consideramos que debe quedar como sigue:

"Art. 40.- Para los efectos de este reglamento se entiende por:

"XI.- Reproducción asistida.- Todas aquellas técnicas que propician la fecundación en seres humanos por un método distinto a la cópula."

De esta manera incluimos todos los métodos conocidos y que puedan surgir cuyo propósito sea lograr que el ser humano se reproduzca por un medio distinto a la cópula.

El artículo 43 de este ordenamiento, dispone que debe haber un consentimiento expreso de la mujer y de su cónyuge o concubino para que se pueda llevar a cabo la fertilización de embriones.

Este consentimiento deberá ser informado, lo que quiere decir que el médico les debe explicar de manera detallada todos los pormenores del procedimiento y los riesgos que se corren en su salud. Esta información deberá plasmarse en el escrito en el que la pareja expresará su consentimiento, firmándolo junto con sus

testigos. Este escrito posteriormente será revisado por la Comisión de ética de la Institución de salud que realice el procedimiento. Una vez que ha sido aprobada, la mujer se someterá a la técnica de reproducción asistida que proceda.

De este artículo se deduce que cualquier técnica de reproducción asistida requiere, además, de consentimiento expreso de la pareja y que exista una causa de esterilidad que no se pueda resolver por otro método. Estos dos requisitos no se pueden separar por ser esenciales.

De lo que dispone el reglamento se deduce que el médico debe emitir un dictamen en el que conste que hay una causa de esterilidad incurable que sufre la pareja, y recomiende la práctica de reproducción asistida para que se logre la procreación.

Estas disposiciones vienen a complementar a las contenidas en la Ley General de Salud. El artículo 55 del citado reglamento dispone, "Las investigaciones con embriones, óbitos, fetos, nacimientos muertos, materia fetal macerada, células, tejidos y órganos extraídos de éstos serán realizadas de acuerdo a lo dispuesto en el título décimocuarto de la ley y en este reglamento".

Al respecto consideramos necesario insertar un segundo párrafo en el que se disponga lo siguiente:

"Los preembriones y embriones no podrán conservarse más de veinte días, contados desde su fecundación. La disposición de células y tejidos de éstos sólo podrá realizarse durante este lapso de tiempo y con el consentimiento de los padres genéticos. Se prohíbe estrictamente la producción de embriones para obtener material biológico, así como la práctica de la clonación".

Los veinte días a que nos referimos como término para conservar un óvulo fecundado, es porque aproximadamente en ese lapso, tiene lugar el cierre del tubo neural, que es la primera manifestación de la columna vertebral y del sistema nervioso, empezando a haber señales de actividad cerebral, por la presencia del tallo cerebral; es cuando ese conjunto de células deja de ser un ente meramente celular para adquirir una característica propia.

Todos los avances en materia genética, abren la posibilidad para experimentar con los tejidos embrionarios, con la finalidad de tratar enfermedades de la médula ósea, de la hemofilia y la posibilidad de encontrar una cura para el SIDA entre otras enfermedades. Todo esto trae como consecuencia una desenfrenada producción de embriones cuyo único propósito es obtener sus células para después ser desechados. Es inhumano y poco ético utilizar y destruir a un ser humano en potencia sólo para experimentar; sin embargo existe la disyuntiva médica, relativa a que si se puede considerar válido realizar estas investigaciones que podrían salvar vidas a cambio de destruir a un ser humano en potencia que representan los embriones.

Otro grave riesgo para la humanidad es la clonación, que consiste en ‘fabricar’ a dos personas exactamente iguales genéticamente, lo que sucede al trasplantar sus núcleos medulares. Esta manipulación resulta ser un atentado a los derechos de todo individuo, por lo que los sectores médico, religioso y social se han pronunciado en contra de esta práctica, prohibiéndose ya en varios países.

El artículo 56 del reglamento en cita es el último del capítulo relativo a la fertilización asistida, y dispone “La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja aún si éste difiere con el del investigador”.

Este artículo viene a confirmar lo ya establecido en el ámbito médico. La reproducción asistida sólo podrá practicarse como un último recurso para tratar a la esterilidad. Antes el médico debe agotar todos los tratamientos que existen para curar este padecimiento en la pareja; debido a todas las complicaciones que hay en las técnicas y las consecuencias que acarrearán, es criterio mundial que la reproducción asistida sea una medida extrema para la falta de hijos.

La segunda parte del citado artículo menciona que debe respetarse el punto de vista moral, cultural y social de las personas que vayan a someterse a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida, consideramos que al contemplar este punto, tiene como único propósito que el investigador respete la voluntad de la

pareja, lo que implica que el médico explique todo el procedimiento y las consecuencias que tienen tanto en su persona, la de su cónyuge o concubino, y del niño, la aplicación de estas técnicas. Así, de acuerdo con sus convicciones podrán decidir si se someten o no al tratamiento. Sin embargo, es irrelevante ya que en el mismo ordenamiento se establece que el consentimiento es requisito esencial para llevar a cabo la reproducción asistida.

En la legislación de salud encontramos otro ordenamiento denominado “Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 20 de febrero de 1985.

Este reglamento, al igual que el anterior, define en idénticos términos, al embrión, feto y producto (art. 6). En el capítulo tercero, sección cuarta, trata de la disposición de productos. El artículo 56, párrafo tercero, establece: “La disposición de células germinales se llevará a cabo de conformidad con lo que señalan las normas técnicas que al efecto emita la Secretaría”.

Con lo que dispone este artículo se da entera libertad para que se regule como mejor convenga la disposición de gametos humanos. Por esta razón la comisión de ética de cada institución realiza sus propios ordenamientos y los somete a consideración de la Secretaría, una vez aprobados son de observancia general.

El reglamento en comento, no aborda en ninguno de sus artículos a la reproducción asistida ni a ninguna de sus modalidades, ni hace mención sobre la disposición de embriones. Trata de manera general lo relativo a la obtención de órganos para trasplantes, donación de sangre para transfusiones y la conservación de cadáveres para fines de investigación o docencia.

Las autoridades sanitarias deben revisar estos reglamentos con el fin de adecuarlos a la realidad y contemplar de una manera amplia y explícita a la reproducción asistida en todas sus modalidades. Estos ordenamientos que analizamos no cubren todas las necesidades que se plantean con los avances científicos, por lo que resulta apremiante su modernización.

1.2.2.- Normas técnicas relativas a la reproducción asistida.

El 19 de mayo de 1988, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo número 78 por el que se reestructura la Comisión Consultiva de Normas Técnicas en Materia de Salubridad General. En dicho ordenamiento se establece el propósito que tienen las normas técnicas: “...juegan un papel de primer orden ya que tienen como propósito uniformar principios, criterios, políticas y estrategias respecto de los requisitos que deben satisfacerse en la organización y prestación de servicios; así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general...”

Acorde con este principio, la Ley General de Salud, en su artículo 14, define a las normas técnicas como "...el conjunto de reglas científicas o tecnológicas de carácter obligatorio, emitidas por la Secretaría de Salud, que establezcan los requisitos que deben satisfacerse en la organización, prestación de servicios, así como en el desarrollo de actividades en materia de salubridad general, con el objeto de uniformar principios, criterios, políticas y estrategias".

La norma técnica denominada "Para la disposición de células germinales humanas en la fertilización asistida" consta de cuatro capítulos y 37 artículos (actualmente se encuentra pendiente de aprobación). La naturaleza de este ordenamiento al igual que todas las normas técnicas, es el carácter obligatorio en todos los establecimientos de salud en los que se practique la reproducción asistida.

Dentro de los conceptos que se definen en la norma técnica, tenemos en el artículo 3º fracción IX: "Conjunción de gametos: El depósito de gametos masculinos y femeninos en un medio extracorpóreo idóneo con fines de fertilización asistida".

La fracción X, dispone que se entenderá por fertilización: "El conjunto de actividades relativas a la reproducción humana artificial"; aparte define a la fertilización in vitro como: la técnica de fertilización asistida que se lleva a cabo

en un medio extracorpóreo. También define en idénticos términos que la Ley General de Salud, al embrión, preembrión y feto.

Es requisito indispensable según lo establece el artículo 8°, agotar todos los procedimientos convencionales para lograr un embarazo; la reproducción asistida es el último recurso médico para lograr que una pareja estéril conciba un hijo.

Es necesario que la pareja se practique una serie de análisis para evaluar su estado físico y mental, para asegurar que al producto no se le transmitan enfermedades por vía genética (art. 14).

A lo largo de tres capítulos la norma técnica establece reglas acerca del funcionamiento y organización de los centros en los que se realiza la reproducción asistida en todo el país, a efecto de que haya un estricto control sobre estas investigaciones, para lo cual, compete a la Secretaría de Salud, vigilar el cumplimiento de la presente norma.

El capítulo cuarto se titula: “De la disposición de células germinales”, recordaremos que las células germinales, son las células reproductoras femeninas (óvulos) y masculinas (espermatozoides) capaces de originar un embrión. En general este capítulo trata del uso de óvulos y esperma en la práctica de la reproducción asistida.

El artículo 20, establece; “La cesión de células germinales para fertilización asistida heteróloga se realizará previo consentimiento del disponente originario mediante carta de consentimiento informado...” Al utilizarse el término ‘cesión’, se hace alusión a su significado gramatical: proviene del latín *cessio*: “renuncia de algo, que uno hace en favor de otro”.¹⁰⁴

El disponente originario es el que va a ceder el producto de su cuerpo para que se pueda realizar la reproducción asistida, esta cesión debe ser de forma gratuita y, será optativo que el consentimiento sea otorgado ante notario o ante la institución de salud que realice la técnica reproductiva.

En nuestro Código Civil, el término cesión se emplea para denominar la transmisión de algún derecho en favor de un acreedor o deudor, o para denominar la transmisión de algún bien, pero la norma técnica lo utiliza para nombrar la disposición de células reproductoras.

Es importante señalar que para que se pueda llevar a cabo la reproducción asistida, se requiere que la pareja esté unida por matrimonio o concubinato, según lo establece el artículo 25. Otro de los requisitos que prevé, es que la pareja padezca alguna causa de esterilidad y el médico haya prescrito como medida terapéutica la aplicación de alguna técnica de reproducción artificial.

¹⁰⁴ PALOMAR DE MIGUEL, Juan. *Ob. Cit.* p. 249.

De la lectura del artículo 29, se desprende que se debe realizar un contrato con el establecimiento de salud en el cual se lleve a cabo el tratamiento; el citado numeral establece: "La criopreservación de preembriones se realizará en los términos y durante el plazo que se convenga en el contrato que la pareja usuaria del servicio firme con el establecimiento de salud".

La norma técnica obliga al establecimiento de salud a mantener en secreto, la identidad del disponente a la pareja y ésta debe ignorar quién cedió sus gametos (art. 26). Los médicos que participen en la reproducción asistida tienen la obligación de mantener el secreto profesional, pero al otorgar su consentimiento el disponente y la pareja, se requiere la firma de dos testigos, quienes no tienen la obligación de mantener la confidencialidad del acto, pues no hay ley que sancione su conducta.

Según el artículo 28, la pareja a la que se le practicó la reproducción asistida por la que se logró el embarazo, debe reconocer al producto como su hijo con todos los derechos que se derivan, pero no especifica la manera en que se otorgará este reconocimiento. Con esta disposición se trata de proteger al niño, si es que llega a nacer y los padres no lo acepten argumentando no ser sus progenitores genéticos.

Sin embargo en nuestro Código Civil, en el capítulo relativo a la filiación, se establecen normas para el reconocimiento de los hijos nacidos en el matrimonio y fuera de él. Para los primeros la maternidad y la paternidad se demuestran con la partida de nacimiento y de matrimonio.

Para los que nacen fuera del matrimonio, la maternidad se establece por el sólo hecho del nacimiento; y la paternidad a través del reconocimiento voluntario o por la sentencia que así lo declare.

En ambos casos se supone que el niño ha nacido, y el ordenamiento que comentamos, señala un 'reconocimiento del producto', lo que significa que aún no ha nacido y no se sabe si se va a lograr. Este supuesto no está tipificado en nuestra legislación, por lo que la norma técnica se excede al crear una figura que debería contemplar el derecho familiar y no un ordenamiento de carácter administrativo.

La criopreservación es una técnica por la que se pueden conservar congelados los gametos femenino y masculino, y los preembriones; la norma en comentario establece que se podrán guardar por un lapso de 5 años. Este tiempo estará sujeto a la voluntad de la pareja, expresada a través del contrato que firmen con el establecimiento que lleve a cabo la reproducción asistida, sin embargo se está tomando como objeto de un contrato a un ser que aunque no ha nacido tiene

todo el potencial para lograrse y todas las características propias de nuestra especie.

Otra situación que no contempla este ordenamiento, es la conservación de embriones en condiciones idénticas a las del útero materno en el cual se desarrollan. La sociedad médica recomienda que se conserven hasta un máximo de 20 días que es el término durante el que se forma el tubo neural, que es el primer indicio de que el producto tiene actividad cerebral propia. Este supuesto debe incluirse en la norma técnica, a fin de proteger a un ser humano en potencia de posibles experimentos que se realicen con él.

El artículo 36 de esta norma técnica, establece prohibiciones para la práctica e investigación de la reproducción asistida:

“I.- La fertilización de óvulos humanos con propósitos diferentes a la procreación humana;

“II.- La obtención de preembriones humanos por lavado uterino para cualquier propósito;

“III.- La selección del sexo que no tenga un fin terapéutico;

“IV.- La mezcla de gametos de diferentes donantes para realizar técnicas de fertilización asistida;

“V.- La creación de seres humanos por clonación en cualquiera de sus variantes;

“VI.- La investigación en preembriones humanos vivos hasta que sea aprobado científicamente que los modelos animales son inadecuados para este procedimiento;

“VII.- Cualquier procedimiento dirigido a la producción de quimeras;

“VIII.- Realizar intercambio o recombinación genética entre el humano y otras especies animales para producir híbridos;

“IX.- Transferir gametos o preembriones humanos a cualquier especie animal o viceversa, y

“X.- La manipulación genética o cualquier otro procedimiento que no sea con propósitos terapéuticos.”

Además de estas prohibiciones, la norma técnica establece en diversos artículos otras igualmente importantes. El numeral 31, señala que no se autorizará la gestación de un preembrión en otra mujer que no sea la que solicitó el servicio, en otras palabras, la maternidad subrogada no está permitida. Así mismo se prohíbe el tráfico de embriones y gametos, su entrada y salida del territorio nacional (art. 33).

Esta norma técnica que comentamos, trata de llenar una laguna que existe en la ley, regulando la disposición de células germinales, de preembriones y embriones, más allá de la esfera administrativa, pues no sólo establece requisitos para el desarrollo de esta actividad, también hace obligatorias figuras como el reconocimiento del hijo aún antes de que haya nacido, lo que correspondería al derecho familiar y no a un ordenamiento expedido por un órgano de gobierno como la Secretaría de Salud.

Por otra parte, es necesario que existan ordenamientos que logren unificar la actividad médico-científica, y en este aspecto la norma en comento establece requisitos esenciales para la prestación del servicio de reproducción asistida, mismas que las instituciones de salud toman en cuenta por el carácter obligatorio de este ordenamiento.

2.- Estudio de los diversos proyectos de ley tendientes a regular la reproducción asistida en nuestro país.

Pese a que hace ya varias décadas se conocen las técnicas de reproducción asistida, en nuestro país no hay muchos intentos por legislar sobre la materia, sólo se han registrado dos proyectos, en 1958 y en 1990, de los cuáles ninguno se concretó. La gran difusión que ha tenido y los cerca de 50 mil niños nacidos en el

mundo en circunstancias artificiales, no son todavía motivos suficientes para que nuestros legisladores incorporen el tema a su sistema jurídico.

En México, también se practica la reproducción asistida, aunque no con tanta frecuencia como en países Europeos y en Estados Unidos. En el mes de junio de 1996, nacieron en nuestro país, dos niñas producto de la fecundación in vitro,¹⁰⁵ aún así no hay en nuestra legislación un ordenamiento que protega a los menores, para determinar su situación familiar; por lo que es una necesidad apremiante el incorporar a nuestras leyes una regulación al respecto, pues si llegaran a suscitarse controversias, el juzgador no puede dejar de resolver por falta u oscuridad de la ley.

2.1.- Análisis del proyecto de la “Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos”, de 1958.

En el año de 1958, el entonces Presidente de la República Adolfo Ruiz Cortines, envió al Congreso de la Unión un proyecto de ley para su discusión y aprobación. En dicha iniciativa se consideró necesario “...tutelarse a la

¹⁰⁵ Cfr. CAMPUZANO, Adriana. Avances en Reproducción Humana Artificial. Reportaje del programa Al Despertar del 9 de septiembre de 1996. TELEVISIÓN S.A.

sociedad y al sujeto para que los nuevos recursos científicos no atenten contra la moral colectiva ni contra la integridad de la persona y del cuerpo humano...”¹⁰⁶

Este proyecto denominado “Ley que regula algunas transacciones civiles y mercantiles sobre el cuerpo humano, sus sistemas, aparatos, órganos y fluidos”, pretendía ser de observancia general en toda la República, en materia civil, mercantil y administrativa, consta de cuatro capítulos y 33 artículos.

La fracción IV del artículo 2º, declara lícita “La fecundación artificial entre esposos cuando por imposibilidad física de alguno de ellos, sea el único medio para lograr la procreación de los hijos”; así mismo el artículo 3º en su fracción IV declara ilícita “La fecundación artificial hecha a la mujer cuando el semen no sea de su esposo legítimo o cuando no exista imposibilidad física exigida para la aplicación de este medio”.

En el año en que se elaboró este proyecto, las técnicas de reproducción asistida no habían tenido tanto éxito como actualmente. La fecundación in vitro todavía no se lograba en los seres humanos. La inseminación artificial no tenía gran difusión en nuestro país, pues la Iglesia condenaba su práctica y en esa época

¹⁰⁶ MEZA CANALES, Margarita. Los injertos, transfusiones y trasplantes, necesidad de una legislación al respecto. Tesis Profesional. Facultad de Derecho. UNAM. México, 1969. pp. 120 a 132.

la sociedad mexicana era netamente católica y conservadora, lo que tal vez explica las disposiciones que contiene la ley.

Aún así se llega a permitir la aplicación de la inseminación artificial, en un sólo caso: por imposibilidad de uno de los esposos para procrear, lo que quiere decir que se permite la inseminación dentro del matrimonio, siempre y cuando el semen pertenezca al marido, si éste no lo produce o su espermatozoide resulte ser infértil, no se podrá realizar esta técnica. Si se utilizaran gametos de un tercero, sería ilícita.

El capítulo tercero del proyecto de ley que comentamos, está dedicado a la inseminación artificial y consta de 4 artículos.

El artículo 20 dispone, “Cuando la mujer o el marido estén imposibilitados físicamente, por la conformación de los órganos genitales o por causa de alguna enfermedad no contagiosa, para realizar la fecundación por medios naturales, podrá inyectarse o inocularse a la mujer el semen del marido, recogido de la propia vagina como resultado de un coito, o extraído directamente de los depósitos seminales del hombre”.

En este artículo se limitó la práctica de la inseminación a dos hipótesis: la imposibilidad para procrear por la malformación de los órganos genitales, y-o por la existencia de una enfermedad no contagiosa de alguno de los cónyuges; por otra parte no se contempla la obtención del semen por masturbación, lo que se comprende pues la Iglesia la condena y prohíbe. El esperma sólo se podrá obtener según disponía la ley, directamente de los depósitos seminales o recogido de la vagina de la mujer después del coito, lo que reduce la posibilidad de obtener espermatozoides con la suficiente movilidad que se requiere para que fecunden al óvulo.

Dentro del cuerpo de este proyecto de ley, en el área administrativa, disponía que el médico que realice la inseminación artificial, deberá estar registrado, pero no especifica si se requiere cédula profesional o algún registro especial ante la Secretaría de Salud, de igual manera no requiere de alguna especialización en la materia. Así mismo obligaba al médico a dar el aviso correspondiente a la Secretaría, simplemente sin especificar el tiempo y las modalidades para realizarlo.

En el último de los cuatro artículos que conforman este capítulo, se estableció: "Será causal de divorcio, el hecho de que la mujer se deje fecundar artificialmente con semen de un tercero, así como el hecho de que el marido

consienta en proporcionar semen para fecundar artificialmente a una mujer que no sea su mujer". Se creaba así una nueva causal de divorcio no prevista en el Código Civil y se prohíbe la inseminación artificial por donador o heteróloga, sancionando su práctica con la disolución del matrimonio.

Este proyecto de ley no llegó a ser aprobado. Una de las razones es que en el caso de la regulación de la inseminación artificial, es muy deficiente debido a que en nuestro país no se practicaba y su aplicación en los humanos se consideraba inmoral. Esta iniciativa refleja el pensamiento conservador de la sociedad, al prohibir la inseminación con donador o heteróloga y limitar su práctica a sólo dos causas de esterilidad, así como también se proscribió la masturbación como medio para obtener semen.

Por otra parte este anteproyecto es una prueba de que el legislador conocía el tema y trató de regularlo, lo que no sucedió. Hoy en día los diferentes medios de comunicación han difundido la práctica y las consecuencias del uso de las técnicas de reproducción asistida, sin embargo aún no se ha registrado ningún intento por regular tan delicado tema después de esta iniciativa que no fue aprobada por todas las deficiencias que contiene.

2.2.- Análisis del proyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León, en lo relativo a las disposiciones que versan sobre inseminación artificial.

El licenciado Ernesto Gutiérrez y González, fue uno de los primeros doctrinarios de nuestro país que se ha preocupado por divulgar el tema e incorporarlo a nuestra legislación. Así es como realiza en el año de 1990 para el Estado de Nuevo León, un proyecto de Código Civil, destacando en él toda una regulación de la reproducción asistida.

El mismo autor incorpora en el título VII y VIII del citado anteproyecto, todo lo relativo a la inseminación artificial y a la fecundación in vitro en el ser humano; con el propósito, según lo manifiesta el citado autor de "...adelantarse a las realidades sociales, que ya se le vienen encima al derecho".¹⁰⁷ Considera que es necesario hacer una regulación al respecto, con el objeto de proteger a los descendientes, pues son ellos quienes finalmente sufren las consecuencias de haber sido concebidos en forma artificial. Es preferible, regular la práctica de la reproducción asistida, que dejar sin ninguna limitación su realización a gente que pone en peligro la vida de la mujer y del producto.

¹⁰⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Anteproyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León. Gobierno del Estado de Nuevo León. Secretaría de Administración. Dirección de Acción Cívica y Editorial. Monterrey, México, 1991. p. 260.

En este anteproyecto se regulan todos los aspectos relativos a la reproducción asistida: conceptos, tipos de reproducción, obligaciones del médico que la va a practicar, requisitos que deben cumplir los que deseen el tratamiento y todo lo relativo a las relaciones familiares del niño producto de la inseminación con sus padres.

En relación a la sanidad, tenemos que el lugar donde se debe practicar la inseminación artificial y la fecundación in vitro, serán los centros hospitalarios oficiales del Estado de Nuevo León o en hospitales y clínicas particulares con licencia especial que expida el Estado; y por último en los centros hospitalarios del sector salud del país.

Establece que la práctica de esta técnica debe estar a cargo de un médico especializado, que además acredite haber realizado estudios de biología de la reproducción y reproducción artificial. Así mismo se impone la obligación al Estado para controlar a los profesionistas mediante el otorgamiento de licencias, y la aplicación de exámenes anuales de capacidad y actualización.

La inseminación artificial y la in vitro, podrán realizarse en mujer casada o unida en concubinato, quien deberá presentar una solicitud al médico o institución

donde se pretenda realizar el tratamiento. dicha solicitud debe contener la firma del esposo o concubino y ratificarlo ante el médico.

La pareja se someterá a un examen médico, para comprobar que no padece enfermedades graves que sean transmisibles genéticamente y acreditar que cuenta con los medios económicos suficientes, así como con la capacidad moral para educar al niño, por lo mismo se requiere como edad mínima 25 años para que se pueda realizar.

Destacan en este anteproyecto términos como 'tradens', 'accipens' y 'alienus in vitro', vocablos que significan:

Tradens. (Lat. Tradens, p.a. de tradere, entregar, transmitir) com. Der. Rom. Persona que transmitía el objeto del contrato o propiedad. Der. Vendedor.¹⁰⁸

Accipens. (Lat. Accipens, p. a. de accipere, recibir) com. Der. Rom. Persona que recibía el objeto del contrato o la propiedad. Der. Acreedor.¹⁰⁹

Alienus. Ajeno.¹¹⁰

¹⁰⁸ PALOMAR DE MIGUEL., Juan. Ob. Cit. p. 1341.

¹⁰⁹ Ibidem. p. 28.

¹¹⁰ Ibidem. p. 32.

Dichas palabras sustituyen términos como el de donador de semen (tradens) el receptor o quien recibe el semen como accipens, para identificar a las partes que intervienen en la operación, y por último, alienus in vitro, cuando el óvulo fecundado se va a implantar en una mujer que no es quien lo donó y el esperma no es de su marido o concubino.

Se permite en este anteproyecto, que la mujer soltera sea inseminada, utilizando el semen de un donador, el que no tendrá derecho u obligación con el producto o su madre en cuanto a la filiación, patria potestad o alimentos, cuestión que como anteriormente explicamos está prohibida, pues todos tenemos un derecho inherente a conocer nuestros orígenes y se debe anteponer el bienestar del niño al de la mujer que desea satisfacer en muchos de los casos un deseo de compañía.

Lo que realmente le corresponde al anteproyecto que comentamos, es precisamente lo que el maestro Ernesto Gutiérrez y González incluye en la sección cuarta del título séptimo, relativa a las “Relaciones familiares del descendiente engendrado por inseminación artificial” y la sección segunda del título octavo denominado “Relaciones familiares del descendiente engendrado ‘in vitro’ con quien dio el óvulo y el espermatozoide”.

Se establece en este anteproyecto que el descendiente engendrado en mujer casada o en mujer unida en concubinato por inseminación artificial, tiene:

“A.- Los mismos derechos de cualquier descendiente consanguíneo, si fue engendrado por autoinseminación, o por heteroinseminación con autorización del esposo, o del concubino.

“B.- Si fue engendrado por heteroinseminación sin autorización del esposo o concubino, tiene respecto de:

“a).- La mujer, todos los derechos derivados de la maternidad.

“b).- Del esposo o del concubino de su madre, si éste no lo desconoce dentro de los seis siguientes meses al nacimiento, los mismos derechos que si fuera su descendiente consanguíneo.

“c).- Si el esposo o concubino manifiesta su inconformidad al enterarse de la heteroinseminación, ante el médico que la practicó, o el Oficial del Registro Civil, no tendrá liga o parentesco alguno con el descendiente”.¹¹¹

Cuando el descendiente es producto de una heteroinseminación hecha a una mujer soltera, tiene todos los derechos derivados de la maternidad, y respecto del

¹¹¹ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto. Anteproyecto de Código Civil para el Estado Libre y Soberano fr Nuevo León. Ob. Cit. p. 263.

donador de semen no tiene ningún lazo de parentesco ni legal, ni derecho alguno, aunque consanguíneamente resulta ser su hijo, aquí el derecho lo desconoce.

En relación al ser humano concebido in vitro, éste tendrá los siguientes derechos:

“A.- Si se le concibió por autoinseminación ‘in vitro’ todos los derechos de un descendiente consanguíneo.

“B.- Si se le concibió por heteroinseminación ‘in vitro’ ya sea sólo con óvulo de la esposa o concubina, o sólo con espermatozoides del esposo o concubino, y con la conformidad de ambos, tendrá todos los derechos de un descendiente consanguíneo.

“C.- Si se le concibió por heteroinseminación ‘in vitro’ para mujer soltera, tendrá respecto de ésta los mismos derechos que un descendiente consanguíneo.

“D.- Si se le concibió por ‘alienus in vitro’:

“a).- Y se implantó en la mujer casada o concubina, con autorización del esposo o concubino, tendrá los mismos derechos que un descendiente consanguíneo.

“b).- Y si se implantó en mujer casada o concubina, sin autorización , del esposo o concubino, sólo tendrá los derechos de un descendiente respecto de la mujer, respecto del hombre sólo tendrá esa calidad, si éste no manifiesta su conformidad ante el médico que practicó la implantación y ante el Oficial del Registro Civil dentro de los seis meses siguientes a que tenga conocimiento del nacimiento.

Pasado ese lapso de seis meses, el descendiente tendrá los mismos derechos que un descendiente consanguíneo, respecto del esposo o concubino.”¹¹²

En esta parte, el autor de este anteproyecto, da toda la protección al descendiente producto de la reproducción asistida, pero también concede al esposo o al concubino un medio de defensa, para el caso de que no haya otorgado su consentimiento.

Cabe mencionar que en este anteproyecto de Código Civil se tipifican dos contratos, el de gestación y el de lactancia.

Se llama contrato de gestación “...al acuerdo de voluntades, por virtud del cual una pareja en matrimonio o en concubinato, o una mujer o un hombre soltero, a los que se les llama ‘tradens’, en forma gratuita u onerosa,

¹¹² Ibidem. p. 263.

encomiendan a otra mujer, a la que se le llama 'accipens', y la cual se obliga a recibir su genital adecuado, el producto de una inseminación 'alienus in vitro', por todo el tiempo que dure la gestación, y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregar ese fruto, de inmediato o cuando se le pida, dentro de los seis siguientes meses de nacido el producto".¹¹³

Este contrato se refiere a lo que en el capítulo anterior abordamos con el nombre de maternidad subrogada. Esta práctica se encuentra prohibida por la norma técnica emitida por la Secretaría de Salud, en razón de que no se puede considerar como objeto de un contrato al cuerpo humano y la venta de niños, si se llegara a recibir dinero.

En este nuevo contrato, es objeto del mismo el útero de una mujer para que se desarrolle un embrión que no tiene ninguna relación genética con ella, pero al que dará a luz como si fuera su madre genética. Esta mujer denominada 'accipens' no tendrá ninguna relación jurídica de parentesco, filiación o alimentos con el niño.

El contrato la obliga a tener al embrión en su vientre hasta su nacimiento y entregarlo a la pareja con la que firmó el contrato. Esta tendrá todos los derechos y obligaciones con el niño como su descendiente consanguíneo.

¹¹³ *Ibidem.* p. 264.

Sin embargo no se precisa que sucede si una vez nacida la criatura y transcurridos los seis meses que se mencionan, no se reclama al bebé. Se podría suponer que la obligación recaería en la mujer que dio a luz, pues la maternidad se prueba por el hecho del nacimiento. Tampoco se toman medidas, si la 'accipens' se niega a entregar al producto de la fecundación, podrían establecerse cláusulas para prever estas situaciones, pero la ley no las define.

Llama la atención que un hombre o una mujer soltera puedan contratar a alguien que pueda recibir a un embrión en su útero, para que él o ella tengan un hijo al que se le considerará consanguíneo con todos los derechos que se derivan. Sin embargo si lo que importa es el bienestar del niño al de cualquier otro, se le está privando premeditadamente de tener a ambos padres.

El siguiente contrato que propone es el de lactancia, "...el contrato de accesorio al contrato de gestación por virtud del cual al 'tradens', en forma temporal, gratuita u onerosa, encomienda a la 'accipens', amamantamiento y alimentación del producto de la implantación 'alienus in vitro', por un lapso máximo de seis meses después del nacimiento".¹¹⁴

¹¹⁴ *Ibidem.* p. 265.

Esta figura se adecua a lo que siglos atrás se conocía con el nombre de nodrizas, mujeres que se encargaban de amamantar y criar al niño, por encargo de los padres, quienes en la mayoría de los casos eran de clase acomodada.

En esa época era muy común tener nodrizas, pero actualmente, el contratar a una mujer para alimentar a un bebé, es inusual, pero este anteproyecto prevé esta figura, como una consecuencia de la fecundación in vitro, en este caso la madre genética se encuentra imposibilitada para hacerlo, no así la mujer que dio a luz.

Sin embargo estos problemas se evitan al prohibir que se realice la maternidad subrogada, por todos los problemas que de ella se derivan.

La última sección de la parte relativa a la reproducción asistida, trata de los descendientes clónicos, el artículo 403 define a la reproducción clónica, "...Clonificar es una forma de reproducción humana asexual, en donde mediante la utilización de una célula sexual fecundada a la que se le extrae el núcleo, y se le coloca en su lugar otro núcleo tomado de una célula no sexual, se obtiene mediante su implantación en el órgano genital adecuado de una mujer el desarrollo de un descendiente idéntico a la persona de la cual se tomó la célula sexual fecundada".¹¹⁵

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 267.

La clonación en los humanos, se encuentra hasta la fecha prohibida en nuestro país y en otros como Estados Unidos, la iglesia igualmente ha expresado su rechazo, pues implica un riesgo para la humanidad y un atentado al derecho de identidad que tenemos los seres humanos. Por lo que si se llegara a regular, debe ser prohibiendo su práctica e investigación.

3.- Derecho extranjero en materia de reproducción asistida.

La ingeniería genética y la biología de la reproducción avanzan día a día y captan la atención de todo el mundo, debido a la importancia que tiene la procreación y la conservación de la especie humana.

Actualmente podemos considerar que la reproducción asistida es una práctica común en diversos países, muchos de ellos se han preocupado por legislar sobre la materia.

Todas las legislaciones que existen a nivel mundial son la respuesta a una necesidad de regular la reproducción asistida y son un ejemplo para los países en los que como México no se ha elaborado ordenamiento jurídico alguno.

En este capítulo expondremos distintas legislaciones al respecto, en países como Suecia, España, Estados Unidos y Argentina. Cabe mencionar que existen

otros ordenamientos legales en diversos Estados no sólo en Europa, también en América y en África, donde esta tecnología se vuelve más común.

3.1.- Suecia.

Este es uno de los países que más rápidamente han avanzado en materia de sexualidad. Hace 100 años, la sociedad sueca ejercía un estricto control de la sexualidad y la reproducción. En 1910 se promulgó una ley que prohibía toda información sobre contracepción y venta de anticonceptivos. No obstante la prohibición, el índice de natalidad descendía y el aborto ilegal era muy frecuente, en respuesta de esta situación en la década de los 30's se suspendió tal ordenamiento y se estableció una asesoría sobre el control de la natalidad.

En el año de 1942, se incluyó la enseñanza de sexología en el plan general de estudios y desde 1954 esa materia ha sido obligatoria en la educación general básica.

Entre 1940 y 1960 se concedió el permiso de abortar principalmente a mujeres que padecían enfermedad física o psíquica, o que tenían ya muchos hijos, también se permitía el aborto por indicación médica, humanitaria o eugenésica y en caso de riesgo de lesión del feto.

De esta manera el uso de métodos anticonceptivos y de abortos redujeron el índice de natalidad. A esta situación se agrega que entre un 20 y 15% de todos los matrimonios y parejas en unión libre no pueden procrear. Las causas de esterilidad son diversas: deterioros biológicos, lesiones o malformaciones en los órganos reproductores masculino o femenino, el ingerir ciertas sustancias dañinas y las enfermedades de transmisión sexual, han hecho que la natalidad sea extremadamente baja, característica de varios países europeos, por lo que la reproducción asistida es una solución para las parejas que siendo incapaces desean hijos.

En los años 50's Suecia ya se preocupaba por regular la inseminación artificial en seres humanos. El proyecto de ley que se elaboró contiene disposiciones de gran interés entre las que podemos señalar:

1.- El proyecto regula la inseminación heteróloga, "Las disposiciones de esta ley se aplican a la transmisión de semen (inseminación) a una mujer con esperma tomado de un hombre que no sea su esposo, cuando las transmisiones ocurren de otro modo que mediante la cópula".¹¹⁶

¹¹⁶ CORTÉS OBREGÓN, Hilda. Unificación y Modernización del Derecho Civil Mexicano. Tesis Profesional. UNAM. Facultad de Derecho. México, 1958. pp. 81 a 88.

2.- La inseminación es controlada por el Estado y realizada por un médico especialista en ginecología.

3.- Para que se pueda realizar la inseminación artificial, es necesario el consentimiento del marido en el caso de que la mujer sea casada. Deben probar tener los medios suficientes para educar al niño y que no padecen enfermedad hereditaria que se pueda transmitir. Se permite la inseminación artificial en mujer soltera, si se prueba que es completamente capaz para educar y cuidar sola al niño que se desee tener. En ambos casos se requiere tener 25 años como edad mínima.

4.- La criatura engendrada por este medio es considerada legítima con todos los derechos y obligaciones que se derivan. El donador no tiene ningún vínculo jurídico con el niño ni con su madre. Sin embargo puede asumir la paternidad, si entabla el juicio respectivo. Por otra parte las relaciones familiares legales entre el niño producto de una inseminación artificial y el marido de su madre pueden disolverse por sentencia, si se prueba que es de importancia para la criatura.

5.- Se castiga con multa y prisión hasta por un año cuando el médico realiza la inseminación artificial sin la debida autorización o que revele el procedimiento a personas extrañas a él.

En el año de 1988, se elaboró un nuevo proyecto de ley denominado “Ley Sueca de Fecundación in vitro”,¹¹⁷ en respuesta a las nuevas necesidades que la ciencia ha propuesto a la sociedad sueca. la fecundación in vitro, tuvo gran auge desde finales de los años 70's, cuando se logró el primer bebé de probeta. Esta ley entró en vigor el 1 de enero de 1989.

El Comité Sueco del Ministerio de Salud que elaboró este proyecto, tomó en cuenta no sólo el avance científico que estos métodos artificiales importan, sino también el punto de vista ético; considerando al hombre como un “...ser libre, responsable, creativo y social...”¹¹⁸ si se logra la procreación por estas técnicas de reproducción asistida, el ser humano no debe ser tratado como un instrumento manipulable por la ciencia, sino como un ser humano con un valor intrínseco y propio en sí mismo.

Por otra parte, es responsabilidad de la sociedad y por ende del Comité, dar seguridad a los niños, tomando en cuenta lo que es mejor para ellos.

Esta ley que comentamos, cuenta con cuatro secciones en las cuales se describen las disposiciones que contienen:

¹¹⁷ Ministry of Health and Social Affairs. The Swedish In Vitro Fertilization Act. 1988. Embajada de Suecia. Trad. César Zarate.

¹¹⁸ Ibidem, p. 1.

La primera sección establece: “Esta ley se aplica a la fecundación de un óvulo de una mujer en el exterior del cuerpo de ésta, con el propósito de concebir un niño”.

Sección 2 “Un óvulo fecundado fuera del cuerpo de la mujer puede ser implantado únicamente en su cuerpo sí:

- 1.- La mujer se encuentra casada o en unión libre permanente.
- 2.- El marido o la pareja otorga su consentimiento por escrito.
- 3.- El óvulo proviene de la mujer misma a la que se le implanta, y que ése haya sido fecundado con el esperma de su marido o pareja”.

Sección 3 “La fecundación in vitro sin el consentimiento del Consejo Nacional de Salud y Bienestar, puede ser realizado únicamente en hospitales públicos”.

Sección 4 “la persona que contraviene a la sección 2 y 3 de esta ley, habitualmente o con fines de lucro personal, será multado o sentenciado a no más de seis meses de prisión”.

El proyecto de ley que se elaboró cuenta con comentarios importantes que fueron considerados al aprobar tal ordenamiento. En primer término se establece que la fecundación in vitro se aplicará como medida terapéutica ante la esterilidad involuntaria de la pareja y sólo con el óvulo y espermatozoides de ésta. Se descartan las prácticas de fecundación con óvulos de una donadora y espermatozoides del marido aunque sea implantado en el útero de la esposa, lo mismo sucede si se utiliza el espermatozoides de un tercero.

Se descarta así mismo la llamada adopción in vitro, es decir, el óvulo y el espermatozoides provienen de donadores y una vez fecundado es implantado en el útero de la mujer que solicitó la fecundación. Y finalmente se prohíbe la maternidad subrogada o suplente.

La razón por la que únicamente se acepta la fecundación in vitro con células germinales de la pareja, es por que se toma en cuenta el bienestar del niño; en este caso para él sólo cambia el método por el que fue concebido, sus padres biológicos son también sus padres sociales, no va a existir distinción entre uno y otro y ningún problema de índole jurídico.

No obstante, en Suecia se encuentra aprobada la inseminación artificial con donador que guarda muchas similitudes con la fecundación in vitro con donador.

En ambos casos, un tercero va a aportar sus células germinales a la parte estéril en la pareja. El óvulo es fecundado, en la primera se realiza internamente y en la segunda externamente.

El niño producto de estas técnicas crecerá junto a la pareja que padecía la esterilidad y a quienes considerará sus padres. De manera que no existe gran diferencia entre la donación de esperma en la inseminación artificial y en la fecundación in vitro.

Sin embargo, el Consejo argumentó que en el caso de donación de óvulos para la fecundación in vitro, el resultado será un embarazo artificial en donde no existe ninguna relación genética entre la madre y el producto, cuestión que afecta gravemente el proceso natural de la procreación y podría tener a futuro consecuencias de orden psicológico para la madre y el niño, limitando su normal desarrollo. Por lo que no se consideró éticamente aceptable y se prohibió tanto la donación de óvulos como la de esperma.

Se prevé también en la ley en comento, el supuesto de que se conserven en congelamiento óvulos fecundados. En la práctica de la fecundación in vitro, se extraen por medio de una operación quirúrgica los gametos femeninos de la mujer, los cuales son fecundados in vitro y solamente son implantados uno o dos, los

demás son conservados en congelación para ser utilizados en los posteriores intentos hasta que se logre el embarazo.

Esta técnica de congelación empezó a utilizarse con óvulos fecundados de animales, no reportándose ningún riesgo, por lo que empezó a practicarse con las células humanas, pero con la incertidumbre de las consecuencias que podría tener a futuro para el niño producto del óvulo congelado, afortunadamente hasta la fecha no se ha sabido de ningún resultado negativo. Cautelarmente se consideró que el lapso de un año es suficiente para llevar a cabo el tratamiento y ningún óvulo fecundado debería conservarse en este estado por más de ese tiempo.

Es muy importante la previsión que se hace en esta ley, en el sentido de que la pareja debe recibir asesoría psicológica con el fin de que pueda decidir de manera consciente e informada si desea someterse a la reproducción asistida o se decide por la adopción.

Como observamos, esta ley fue elaborada tomando en cuenta el bienestar del futuro ser humano y respetando el derecho a la reproducción de todo individuo. En este aspecto Suecia ha sido uno de los países más avanzados al legislar sobre sexualidad, procreación y reproducción asistida.

3.2.- Estados Unidos.

La reproducción asistida ha tenido gran auge en los Estados Unidos, al grado de que es el país que más nacimientos por esta vía ha registrado. También es ahí donde se encuentra uno de los centros de investigación más grande y moderno del mundo; el Instituto York en Norfolk, Virginia.

Dado el sistema jurídico que domina en este país, es difícil encontrar una legislación uniforme para todo el territorio. Sin embargo, existen aspectos constitucionales que son observados en toda la nación y resoluciones de la Corte de Justicia relativas al tema.

La libertad de procreación, es un derecho constitucional y el Estado no ha restringido a los matrimonios tener hijos cuando y como ellos quieran; esto se nota claramente en diversos criterios que ha sostenido la Corte de Justicia; en *Skinner vs. Oklahoma*, se derogó la Ley de Esterilización a los criminales porque interfería con el matrimonio y la procreación, considerados como derechos elementales (316 v.s. 535, 541-1942).

En el caso *Meyer vs. Nebraska*, se concluyó que la libertad constitucional incluye el derecho individual del matrimonio de establecer un hogar y criar niños

390, 399-1923). Finalmente la Corte sostuvo que si el derecho a la privacidad significa un derecho individual a ser libre de cualquier instrucción gubernamental en cuestiones fundamentales que afectan a la persona y a su decisión de si quiere compartir o engendrar un niño, en el caso *Eisenstadd vs. Baird* (405 v.s. 438, 453-1972).¹¹⁹

Todos los precedentes de la Suprema Corte relativos a la familia y al derecho a la reproducción, dan como un hecho esencial al coito para que ésta se realice dado que fueron establecidos antes de que la fecundación *in vitro*, en todas sus modalidades tuviera tanto auge, sin embargo, el derecho a la procreación que tiene el ciudadano norteamericano, debe respetarse aún cuando no ocurra de manera natural.

Por ello, en la Unión Americana, hay una fuerte corriente en pro de que el derecho que tiene una pareja para reproducirse se extienda a las diversas técnicas de reproducción asistida. Tan es así, que en este país se registran los más altos índices de nacimientos por medio de estas técnicas de procreación, se han establecido bancos de semen, de óvulos y de embriones; las investigaciones en ingeniería genética y biología de la reproducción son de las más avanzadas.

¹¹⁹ ROBERTSON A., John. Preimplantation Human Embryos. Arch Pathol Lab. Med. Vol. 116. EUA. Abril, 1992. pp. 430 a 435. Trad. César Zarate.

En este ámbito, la pareja que es estéril tiene derecho de crear, conservar y transferirse extracorporalmente embriones creados con sus propias células germinales, incluso se ha dado el caso de donación a otras parejas.

Existen argumentos legales en torno a que en ejercicio de la libertad de procreación, se autorice la participación de terceros que donen sus gametos y hasta la función uterina para que una pareja pueda engendrar.

No obstante que hay un derecho protegido a nivel constitucional de la libertad procreativa y que la reproducción asistida en todas sus modalidades es un práctica comúnmente aceptada, destacan diversos precedentes en algunas Cortes en las que no se ha reconocido la libertad de la pareja a reproducirse. La Suprema Corte de Nueva Jersey, en el caso Baby M: (109 N. J. 396, 421-422, 537 A. 2 d 1227, 1240 1988)¹²⁰ sostuvo que un contrato de maternidad subrogada no podría obligar ni podría pagarse en dinero a la mujer que prestara sus servicios.

La maternidad subrogada es una figura que se deriva de la reproducción asistida y ante la resolución que hace la Corte de Nueva Jersey, se presume que no son legalmente reconocidas las implicaciones que se susciten en torno a la práctica de estas técnicas, por lo menos en ese Estado.

¹²⁰ *Idem.*

Por otra parte, las controversias que se suscitan en torno a los embriones y a los preembriones son graves y posiblemente mucho más comunes que las que hay en relación con cualquier técnica de reproducción asistida. Para empezar existe un debate que intenta establecer el estatus legal que le corresponde al embrión, y son tres las principales posturas:

La primera postura sostiene que el embrión debe ser visto como todo un ser humano, por lo tanto debe tener los mismos derechos que cualquier persona, condenando así todas las acciones que lo pudieran afectar antes de su transferencia o después de ella.

Contrariamente, para la segunda postura, el embrión es como cualquier tejido del cuerpo, por lo que la persona que lo tiene podrá tomar decisiones sobre él, sin ninguna restricción.

El tercer punto de vista es el más aceptado por la posición intermedia que sostiene en relación con las anteriores. Para los seguidores de esta corriente el embrión tiene un derecho mayor a cualquier otro tejido del cuerpo pero no mayor al de una persona. Este es digno de respeto porque posee un potencial para convertirse en humano, pero no debe ser tratado como una persona debido a que no

ha desarrollado todas las características propias de nuestra especie y puede que nunca desarrolle ese potencial biológico que posee.

Esta es la postura que sostiene el Consejo de Consulta Ética de los Estados Unidos y que también ha sido aceptado mundialmente.

Tanto en una postura como en otra, se tiene un gran respeto al embrión. En la primera se propone que todos los óvulos fecundados sean transferidos y se limite al máximo su producción e investigación, para las otras dos posturas, se permite la investigación bajo ciertas circunstancias que son también una limitación a su producción.

Otra situación controvertida en la Unión Americana es la relativa al estatus legal del embrión. Al ser fecundado el óvulo, es depositado en un banco de algún establecimiento de salud, éste tendrá la posesión del mismo, pero es evidente que los que donaron los gametos son los que tienen el derecho a decidir sobre ellos, hasta en tanto no sean transferidos al útero.

Al respecto hay resoluciones de la Suprema Corte, en relación a quién es el titular del derecho de decisión sobre el embrión. En el caso *Del Zio vs. Hospital Presbiteriano de Columbia*, una pareja fue indemnizada con 50, 000 dls., por

daños, al haber realizado un método de fecundación in vitro, sin autorización del Comité Ético del Hospital y destruir a su preembrión que se encontraba en incubación.

Otro caso que sentó bases muy importantes es el York vs. Jones. Una pareja con problemas de esterilidad acudió al programa de fecundación in vitro, en el Instituto York en Norfolk, Virginia. Posteriormente esta pareja se mudó a California, dejando en el Instituto su preembrión congelado. Los esposos solicitaron al Instituto York su gameto para que en el Instituto Jones de California se realizara la transferencia al útero.

El programa Norfolk se rehusó entregar el preembrión congelado, argumentando que en el consentimiento expresado por la pareja ante el Instituto, no se contempló el traslado del gameto fuera de él, por lo que la Corte del Estado tuvo que resolver la controversia.

Después de todo el procedimiento legal, la Corte falló en favor de los esposos York y les permitió llevar a su preembrión a California, argumentando que debió establecerse de manera explícita, en los documentos donde se realiza el consentimiento, quién tiene el derecho de decidir sobre los gametos y embriones, además de darles a saber a las partes que no tienen el derecho a

transferirlos fuera de la Institución. Es decir, debe establecerse previamente quién tiene la autoridad sobre los embriones: la pareja que solicitó la reproducción asistida, los donadores de los gametos o la Institución que la va a realizar.

Igual controversia existe cuando quienes deciden sobre el embrión se están divorciando, en esta situación la Corte de Tennessee, estableció que el preembrión no es un niño y no tiene un estatus legal independiente. Por lo que en el caso Davis vs. Davis, argumentó que no se le podría ordenar a la madre implantarse el óvulo fecundado contra su voluntad, ni al padre imputarse un hijo cuando no es su decisión que se realice la fecundación, tampoco resulta factible subordinar los intereses de uno en favor de otro, atentando contra la libertad de procreación que consagra su Constitución. Aunque resulta claro para la Corte que la mujer podría volverse a casar y solicitar se implante su embrión con el consentimiento de su esposo.

Tal situación derivó en un sin número de opiniones; la más acertada propone que la mejor solución sería designar al momento de donar gametos o criopreservar al embrión, la persona que dispondrá en caso de divorcio, o cualquier otra situación que se suscite entre la pareja y/o la Institución.

En Nuevo México, las técnicas de reproducción asistida son aceptadas, pero se prohíbe la recolección de preembriones para criopreservarlos, lo que implica que la fecundación in vitro se realice solamente con células germinales provenientes de la pareja y no de terceras personas.

Estas son algunas de las resoluciones que se han pronunciado en distintos Estados de la Unión Americana y que han sentado bases importantes en la actuación tanto médica como jurídica.

3.3.- Argentina.

Se estima que entre un 10 y un 15% de los matrimonios y parejas argentinas sufren de alguna causa de esterilidad, y la solución que propone la ciencia es la reproducción asistida.

Quizá una de las opiniones que refleja el pensamiento que impera en Argentina es la de Robert Clark, citado por Miguel Ángel Soto La Madrid, afirma: "La falta de hijos constituye una herida profunda, no sólo en lo afectivo o personal, sino que incide seriamente en el plano social. Una pareja sin hijos, no es una familia. No es más que la reunión de dos seres, de dos soledades, en una vida

donde falta cruelmente lo esencial".¹²¹

Sin duda una solución legal para la esterilidad que aqueja en este país es la adopción. En la Ley 19.134, se admite la adopción en forma plena, el artículo 14 del citado ordenamiento establece "...la adopción plena confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia de sangre y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta, así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene, en la familia del adoptante, los mismos derechos y obligaciones del hijo legítimo".¹²²

La reproducción asistida ha tenido gran aceptación por parte de la sociedad argentina, y su práctica es frecuente. El 13 de mayo de 1986, nació en este país un niño producto de la transferencia intratubaria de gametos, el tercero logrado en América latina. En ese mismo año también nacieron los primeros mellizos gestados in vitro.

El Código Civil Argentino al tratar la filiación establece que puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La esencia de esta filiación es, como en el derecho mexicano, un vínculo biológico. Permite además la investigación y la

¹²¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Biogenética, Filiación y Delito. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1990. p. 6.

¹²² Ibidem. p. 13.

impugnación de la paternidad a través de la "...identificación cromosómica entre padres e hijos..."¹²³ lo que permite establecer quién es el padre genético de determinado hijo.

Esta apertura del derecho argentino dada en la ley 23.264, en materia de filiación dispone, a la par de las legislaciones europeas; se declara "...entre otros objetivos, a dar preeminencia a la realidad biológica, facilitando las vías judiciales para conocerla y adaptar a ella la solución jurídica..."¹²⁴ Aún cuando no se toma en cuenta la reproducción asistida, permite todo tipo de pruebas científicas para poder imputar o impugnar la paternidad. Se considera determinante el nexo biológico entre padres e hijos.

3.4.- España.

Este país se ha destacado por ser uno de los primeros en incorporar a su legislación las técnicas de reproducción asistida. Desde el año de 1988, se promulgó una ley sobre técnicas de reproducción asistida; dicha ley tiene como finalidad fundamental según se dispone en la misma "...regular la actuación

¹²³ *Ibidem.* p. 46.

¹²⁴ *Ibidem.* p. 554.

médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación y prevenir y tratar enfermedades de origen genético o hereditario (art. 1,3)".¹²⁵

El artículo 2 de la ley establece requisitos para que se pueda llevar a cabo la reproducción asistida: "...Estas técnicas se realizarán en mujeres mayores de edad y en buen estado de salud psicofísica, que hubieran solicitado y aceptado libre y conscientemente, y hayan sido previa y debidamente informadas sobre el procedimiento".¹²⁶

En el caso de filiación la ley establece reglas claras para los supuestos de la reproducción asistida. Cuando se realice la técnica reproductiva de manera homóloga, el hijo es de los cónyuges y rigen los artículos de filiación del Código Civil relativos a los hijos de matrimonio.

Cuando la reproducción es heteróloga, o como lo precisa la ley, con contribución de donante, da reglas específicas:

¹²⁵ O'CALLAGHAN, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Tomo IV Derecho de Familia. 3a. edic. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1991. p. 226.

¹²⁶ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa S.A. México, 1992. p. 37.

1.- Se precisará consentimiento por escrito de la mujer y del marido ante la Institución de salud, y se inscribirá en el Registro Civil como hijo matrimonial, sin reflejar datos de su concepción (arts. 6 y 7)

En caso de que no existiese matrimonio, el consentimiento que otorgue el varón ante la institución "...tiene el valor de escrito indubitado a los efectos de inscribir en el Registro Civil el hijo como extramatrimonial..."¹²⁷ el hijo será legalmente de la pareja (art. 8,1).

Una mujer soltera, puede hacer uso de la reproducción asistida, esto se deduce de lo preceptuado por el artículo 6; "...toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las mismas (técnicas), siempre que fuera mayor de 18 años y tenga capacidad para obrar plena y que su consentimiento lo realice consciente, expresa y por escrito".¹²⁸

En este caso se aplicarán las reglas de filiación extramatrimonial previstas en el Código Civil. Esta misma regla se aplica si el esposo o compañero no expresan su consentimiento y la mujer recibe la reproducción asistida.

¹²⁷ O'CALLAGHAN, Xavier. Ob. Cit. p. 227.

¹²⁸ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 450.

2.- En relación a la reproducción asistida post mortem, se permite su realización, siempre y cuando, el esperma del varón se deposite en el útero de la mujer antes de su fallecimiento de lo contrario no podrá determinarse legalmente la filiación "...ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido (o por identidad de razón aunque el varón no sea el marido (art. 9)".¹²⁹

Sin embargo, se plantean excepciones a esta regla : si el marido o varón consciente ya sea en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado en los seis meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, (art. 9), así la inscripción del hijo en el Registro Civil podría realizarse ya sea como matrimonial o extramatrimonial según proceda, lo fundamental es que hay un reconocimiento de la paternidad.

Apunta el jurista Manuel Peña Bernaldo de Quirós, otros requisitos para que se pueda llevar a cabo la inscripción de hijo matrimonial en el Registro Civil, en caso de la reproducción asistida post mortem: "...la declaración ordinaria; el parte del Centro Médico que acredite que el nacimiento es producto de la aplicación del semen del marido en tiempo oportuno, la escritura o testamento del marido que autorice la fecundación post mortem..."¹³⁰

¹²⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Ob. Cit.* p. 495.

¹³⁰ *Ibidem.* p. 497.

3.- El artículo 10 de la ley en cita declara nulo de pleno derecho el contrato de gestación; "...será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero (art. 10)"¹³¹

Cuando la maternidad subrogada se realiza no obstante la prohibición, la ley declara que la filiación materna de los hijos nacidos por esta técnica será determinada por el parto. En el caso de la filiación paterna queda a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, es decir el que aportó el gameto para que se realizara la fecundación (art. 10, 2,3).

4.- Entre otras disposiciones que contiene esta ley española tenemos que: se prohíbe la fecundación de óvulos humanos, con cualquier fin distinto a la procreación humana. En relación con la donación de gametos, se considera que será a través de un contrato gratuito concertado entre el donante y el centro autorizado, tal donación será anónima, la identidad y demás datos del donante se guardarán en clave en los bancos respectivos y en el registro nacional. Este organismo es para controlar y vigilar en coordinación de los centros de salud, que de un mismo donador no nazcan mas de seis hijos. Así se dispone que la donación es irrevocable.

¹³¹ SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Ob. Cit.* p. 452.

Hasta aquí los comentarios a la ley española de reproducción asistida, es importante mencionar que además el maestro Peña Bernaldo de Quirós, señala que es especialmente censurable: "...la amplitud con que -con menos precio del respeto debido al devenir de la vida humana- se permite la experimentación y manipulación sobre los llamados 'preembriones' (óvulos fecundados hasta los catorce días) se trate de preembriones obtenidos in vitro y la utilización de los mismos con fines farmacéuticos, diagnósticos o terapéuticos..."¹³²

Este es un problema que se presenta en todo el mundo, a pesar de las constantes críticas y llamados por prohibir su práctica, aún así esta ley resuelve muchos de los problemas que plantea la reproducción asistida.

¹³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *Op. Cit.* p. 491.

CAPÍTULO CUARTO.

CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

1.- La filiación.

1.1.- La filiación del niño producto de una reproducción asistida.

Una de las principales consecuencias de la reproducción asistida, se presenta en la figura de la filiación. Es a través de esta institución por la que el derecho pretende regular la procreación, sustentada sobre el principio constitucional consagrado en el artículo 4º de nuestra Carta Magna, “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos” y el artículo 162 del Código Civil que dentro de los derechos y obligaciones del matrimonio, dispone en idénticos términos.

La filiación es el vínculo jurídico que existe entre el padre o la madre y el hijo o hija. Con el surgimiento de la reproducción asistida esta figura sufre importantes cambios, que repercuten directamente en la familia, sustentada hasta

hoy en el matrimonio. Pero este vínculo jurídico surge también fuera del matrimonio, por lo que nuestro Código Civil protege la procreación en este supuesto.

Tradicionalmente se ha sustentado a la filiación en un hecho biológico, el nacimiento, producto de la unión física de un hombre y una mujer. Este dato biológico ya no constituye una base para la filiación, con la reproducción asistida se da la posibilidad de que la mujer que dio a luz no tenga ninguna relación genética con el niño, o bien, el esposo de la mujer no sea el padre genético de la criatura.

Todo este avance que ha tenido la ciencia en materia de reproducción humana, nos lleva a afirmar que existen dos formas de reproducción en los humanos: la natural, constituida por la cópula entre el hombre y la mujer, y la reproducción asistida que se da a través de la manipulación de gametos que realiza el médico especialista en biología de la reproducción. Es un hecho real la separación del acto sexual y la procreación; es decir, "...puede haber acto sexual sin procreación, dadas las técnicas anticonceptivas, y puede haber procreación sin conjunción carnal..."¹³³

¹³³ GARCÍA MENDIETA, Carmen. Ob. Cit. p. 32.

Otra consecuencia que trae consigo la separación del acto sexual de la procreación, es que en nuestro Código Civil se entiende como una de las finalidades del matrimonio a la reproducción, como se observa de lo preceptuado en el citado artículo 162, y en el artículo 147 que dispone entre los requisitos para contraer matrimonio; "Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges, se tendrá por no puesta". Aunque como ya mencionamos el derecho a decidir corresponde a la pareja.

Sin embargo nuestro ordenamiento civil lo entiende de la manera tradicional, así el artículo 156 establece entre los impedimentos para contraer matrimonio, en la fracción VIII "La impotencia incurable para la cópula..." en otras palabras la imposibilidad para procrear. Por lo que dadas las circunstancias actuales se puede lograr un nacimiento sin que medie el acto sexual, y esta disposición resulta obsoleta.

Por otra parte, a través de la filiación se tratan de proteger los derechos del niño y siendo así, tendríamos que adecuar las normas tratando de resolver las complicaciones que se presentan para la investigación de la paternidad y la maternidad cuando se hace uso de la reproducción asistida.

Es importante mencionar que tratándose de reproducción asistida la problemática se da cuando los gametos no provienen de la pareja. Se puede dar el caso de que la esposa utilice semen de un tercero, o que con el esperma del esposo se fecunde el óvulo de una donadora y se implante en la esposa, o que las células germinales tanto masculinas como femeninas provengan de donadores y se implanten en la pareja o utilizar el útero de una mujer que entregará posteriormente al bebé a los usuarios de la reproducción asistida.

Cuando se utilizan gametos de donadores, se agrava el problema de la filiación en el supuesto de identificar al padre y a la madre, atentando los derechos de los niños a conocer sus orígenes, por lo que es conveniente "...la elaboración y conservación de un expediente médico de todo el proceso. Con ello se está asegurando al (la) niño (a) el acceso a la información que puede resultar vital para la atención de su salud, garantía, que de otra manera, no tendría..."¹³⁴

Toda esta información se revelaría, excepto el nombre del o la donadora. Todas estas circunstancias se deben tomar en cuenta en leyes y reglamentos para resolver futuras controversias.

¹³⁴ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Ob. Cit. p. 59.

La misma opinión expresa el maestro Ignacio Galindo Garfias: "...El hijo carece (por decisión de su madre) del nexo de paternidad. Se le ha privado en ese caso del derecho a conocer a la persona que lo engendró. La razón natural y su calidad de persona y de ser humano, le otorga derecho a hacer valer sus derechos frente a quienes dicen ser su padre y su madre y frente a la sociedad entera. Es un derecho vital, inalienable del que nadie absolutamente tiene derecho a despojarlo".¹³⁵

También es importante tomar en cuenta las repercusiones que tiene la reproducción asistida en el niño o niña que nazcan como producto de la utilización de estas técnicas.

El niño puede verse afectado en diversos rubros. En primer término se debe tomar en cuenta que desde la concepción de este nuevo ser se realiza una manipulación que conlleva la utilización de sustancias químicas, (no usuales cuando la procreación es de manera natural) su conservación en un medio externo y hasta la congelación o criopreservación, hacen que el riesgo a la salud de la criatura sea mayor. No se sabe a ciencia cierta las repercusiones cromosómicas que haya. La transmisión de enfermedades genéticas por parte de los donadores,

¹³⁵ GALINDO GARFIAS, Ignacio. La fecundación artificial en seres humanos. Consideraciones jurídicas. Revista de la Facultad de Derecho. UNAM. Vol. 40. No. 169-171. Tomo XL. Enero-Junio 1990. p. 148.

posibles malformaciones consecuencia de la manipulación, los embarazos múltiples, en los que se hayan implantado embriones de diferentes padres, con poca posibilidad de vida y su deficiente desarrollo, pueden ser derivados de la reproducción asistida.

Las consecuencias pueden ser de orden psíquico "...El conocimiento de la forma artificial de su origen y de la identidad y pluralidad de progenitores..."¹³⁶ pueden plantear problemas psicológicos que repercutirían en su normal desarrollo. Por otra parte mucho se ha dicho de la relación psíquica entre madre e hijo desde el embarazo, que en estos casos no existiría porque no hay un lazo genético que los una.

Por otra parte, su situación familiar puede ser afectada derivada del parecido físico con sus progenitores, ciertos modales o comportamientos que hagan que los padres y hasta la misma familia los vean como ajenos a ella.

Un sin número de discusiones éticas y legales se han suscitado a nivel mundial en torno a la reproducción asistida. "...Circunscribiendo exclusivamente la discusión a la institución de la filiación, los extremos se plantean entre quienes alegan que no es necesario reformar el instituto, pues las reglas para determinar la

¹³⁶ ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. Editorial tecnos S.A. Madrid, España, 1988. p. 88.

paternidad o la maternidad son muy claras; quienes alegan que estas prácticas deben prohibirse, ya que atentan contra la dignidad humana, y quienes afirmamos que se debe revisar profundamente el instituto, toda vez que ha devenido obsoleto y, por tanto, resulta insuficiente para responder a problemas que se plantean hoy en día”.¹³⁷

Aunque las técnicas de reproducción asistida empezaron a aplicarse casi desde principios de siglo, nuestro legislador no previó esta situación en el Código Civil quizá porque su práctica en nuestro país era nula y no representaba ningún problema, pero actualmente, se practica frecuentemente y cada vez con mejores resultados.

1.2.- Determinación de la paternidad del niño producto de la reproducción asistida.

La paternidad es un hecho que no es susceptible de probarse de manera directa, nuestro Código Civil se refiere a presunciones, pues como se ha dicho es “...un secreto de alcoba...”¹³⁸ Sin embargo cuando hay matrimonio, el hijo se le atribuye al marido de la madre aplicando el principio romano “pater is est quem justae nuptiae demonstrat”; padre es aquél que demuestra las justas nupcias. Este

¹³⁷ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Ob. Cit.* p. 58.

¹³⁸ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El Patrimonio*. 3a. edic. Editorial Porrúa S. A. México, 1990. p. 662.

axioma es aplicable a la reproducción natural y a la asistida cuando hay una pareja unida legalmente.

Esta presunción de filiación paterna presupone también que existe un vínculo biológico con el progenitor. Dadas las nuevas técnicas de reproducción asistida este principio que rige desde hace siglos ya no es aplicable de manera absoluta. Visto biológicamente el marido de la madre no es siempre el padre por haberse utilizado el semen de un donador, de él tendrá herencia genética y no del esposo.

Otra presunción que prevé nuestro Código Civil es con relación al tiempo de la gestación, que con la práctica de la reproducción asistida no es completamente aplicable, se debe tomar en cuenta en estos plazos, la forma en que se logró el nacimiento y el consentimiento que expresen tanto el esposo como la esposa ante la institución de salud donde se va a realizar el tratamiento. Por esto consideramos pertinente adicionarle al artículo 324 algunos puntos en sus fracciones para quedar como sigue:

“Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, **aun cuando su nacimiento sea producto de la reproducción asistida.**

“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.

“Igual término correrá si el nacimiento es producto de la reproducción asistida, y el marido ha otorgado su consentimiento de manera expresa y después de este plazo si el varón no ha revocado su consentimiento”.

El artículo 325 establece un medio para contradecir la paternidad que requiere se adicione a efecto de proteger al niño si éste nace como consecuencia de la reproducción asistida y evitar que en determinado momento el marido lo desconozca alegando en su favor la presunción que prevé este numeral, porque como ya se dijo, el acto sexual ya no es indispensable para lograr la procreación, por lo que consideramos debe quedar como sigue:

“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. Pero si se utilizó la reproducción asistida, el marido deberá probar que ésta se realizó sin su consentimiento”.

En primera instancia en este artículo sólo se presupone una situación para probar que el hijo no es del marido, y consiste en no haber tenido relaciones sexuales durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedan al nacimiento, cuestión que es irrelevante cuando se practica la reproducción asistida.

Dado el sistema probatorio que se establece en la ley para el caso de hijos nacidos de matrimonio cualquier otra prueba ya sea médica, genética o hematológica no sería admisible por lo que el mismo ordenamiento dispone. Esta razón nos hace proponer otro medio de defensa para el caso de que el embarazo por métodos artificiales se haya hecho con el consentimiento expreso del esposo.

Por las razones expresadas y tratando de adecuar el ordenamiento civil a las necesidades que se plantean con el surgimiento de nuevos métodos de reproducción, es pertinente adicionar diferentes artículos para quedar de la siguiente manera:

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

“Art. 327. El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional prevista para los casos de divorcio y nulidad; **excepto cuando el hijo es producto de la reproducción asistida y el marido ha otorgado su consentimiento**; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre”.

Es sumamente importante hacer mención sobre el consentimiento para llevar a cabo la reproducción asistida, tanto de la mujer como del marido pues la Ley General de Salud, establece como requisito esencial para la realización de cualquier tratamiento, a la voluntad expresada por escrito y ante la institución médica donde se realice. Este requisito es fundamental para atribuir o no la paternidad en caso de la aplicación de estas técnicas.

Por otra parte se debe tratar de proteger al hijo, pero sin olvidar el interés del esposo al que de ninguna manera podríamos imputarle la paternidad contra su voluntad y sin otorgarle ningún medio de defensa.

En todos los casos en los que el esposo tenga algún motivo para contradecir la paternidad, deberá deducirlos en un lapso de sesenta días, contados desde el nacimiento del hijo, si está presente, si se encuentra ausente el término empezará a correr desde el día en que llegó al lugar: y por último desde el día en que se enteró

del nacimiento si éste se le ocultó; transcurrido el tiempo a que alude este artículo 330 del ordenamiento en cita no podrá ejercitar la acción correspondiente y el niño será su hijo.

El artículo 334 establece la forma en que se resolverá la controversia de la paternidad, en el caso de que la mujer sea viuda, divorciada, cuando el matrimonio sea declarado nulo o contrajera nuevas nupcias y diere a luz un niño; esta situación puede también presentarse si se realiza en ella la reproducción asistida con el consentimiento expreso del marido y ulteriormente éste muere o se disuelve el vínculo matrimonial y la mujer vuelve a casarse, en estos casos la ley establece tres presunciones:

“I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo”. En la hipótesis de que se haya aplicado alguna de las técnicas de reproducción asistida deberá tomarse en cuenta si se realizó con el consentimiento del primer esposo y con su material genético. Corolariamente debe agregarse lo siguiente: “Será aplicable ésta regla cuando la reproducción asistida se realice con el consentimiento del primer esposo”, y,

“II. Se presume que el hijo es del segundo marido si nace después de

ciento ochenta días de la celebración del segundo matrimonio, aunque el nacimiento tenga lugar dentro de los trescientos días posteriores a la disolución del primer matrimonio.

“El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye;” consideramos que para adecuar este precepto a las necesidades que plantea la reproducción asistida se debe agregar en esta segunda fracción en este mismo párrafo lo siguiente: **“para el caso de que el hijo sea producto de la reproducción asistida serán admisibles como pruebas, el escrito donde el esposo exprese su consentimiento para la aplicación de estas técnicas.”**

Nuestro Código Civil establece formas para probar la filiación de los hijos nacidos de matrimonio y son los siguientes: el acta de matrimonio de los padres y la de nacimiento del niño. A falta de estos documentos se probará con la posesión de estado del hijo. En defecto de ella, se demostrará con otro medio de prueba (arts. 340 y 341).

La posesión de estado en nuestro sistema jurídico se demuestra con la forma y el trato. El hijo deberá probar que ha sido tratado por el presunto padre y por su familia como si efectivamente fuera hijo de matrimonio, que se ostente constantemente con el apellido del padre y éste lo haya proveído a su subsistencia, educación y establecimiento.

En cuanto a la legitimación, el ordenamiento legal en cita establece que el matrimonio subsecuente de los padres hace que se tenga como nacidos de matrimonio a los hijos habidos antes de su celebración, para esto se deberá reconocer a la criatura de manera expresa antes, durante o después de la celebración del matrimonio; así el hijo gozará de todos los derechos inherentes de la filiación.

La procreación se da habiendo o no matrimonio, cuando hay una unión legal es aplicable la presunción “el padre es el marido de la madre”, pero cuando no existe, la ley protege a los hijos nacidos en estas circunstancias estableciendo una serie de reglas que deben modernizarse para adecuarlas a la nueva forma de procreación.

Para el caso del reconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos fuera

del matrimonio, el Código Civil establece dos extremos: el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Dado que el reconocimiento debe ser voluntario, al no realizarlo el presunto padre, el hijo ejercita la acción de investigación de la paternidad; el ordenamiento en cita establece en el artículo 382 reglas para que se pueda llevar a cabo:

“I. En los casos de raptó, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;

“II. Cuando el hijo se encuentre en posesión del 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;

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

De la lectura de la última fracción de este artículo y si tomamos en cuenta que principio de prueba es cualquier indicio cierto que pueda conducir a la averiguación de la verdad en juicio; si se aplicó la reproducción asistida con semen de donador, el hijo podría ejercitar la acción de investigación de la paternidad,

argumentando como principio de prueba a su favor el expediente médico en donde se indica que se realizó donación de esperma para lograr el embarazo de su madre.

Por otra parte, debemos recordar que el escrito en el que se otorga el consentimiento para realizar la reproducción asistida requiere la firma de testigos según lo establece la norma técnica; si bien es cierto el o los médicos están obligados a mantener el anonimato del donante en virtud del secreto profesional pero no hay ley que sancione u obligue a los testigos a no revelar la información. Considerando que es un derecho conocer sus orígenes, el Juez podría tomar la declaración de testigos como principio de prueba y autorizar al hijo el acceso al expediente médico y saber quién es su padre genético. De esta forma se imputaría la paternidad a un donador con todas sus obligaciones que se derivan.

Esta es una gran laguna que tiene la ley y que debe colmarse negando la investigación de la paternidad cuando tenga por objeto atribuir el hijo a un padre, pero el hijo sí debe tener acceso a información de carácter médico y genético del donador del esperma excepto su identidad.

El tercero no podrá en ningún caso reconocer a un hijo concebido con semen donado para que se realice la reproducción asistida. Es necesario para que proceda

esta forma de procreación que la mujer sea casada o viva en concubinato y el varón consienta en que su mujer se someta a esta técnica de reproducción.

Ante estas circunstancias que plantea la nueva forma de reproducción coincidimos con lo manifestado por el Dr. Ignacio Galindo Garfias: "...El hijo carece (por decisión de su madre) del nexo de paternidad. Se le ha privado en ese caso del derecho a conocer a la persona que lo engendró. La razón natural y su calidad de persona y de ser humano, le otorga el derecho a hacer valer sus derechos frente a quienes dicen ser su padre y su madre y frente a la sociedad entera. Es un derecho vital, inalienable del que nadie absolutamente tiene derecho a despojarlo".¹³⁹

Nos parece interesante la solución que plantea el citado autor a esta problemática; afirma que la paternidad no debe descansar ya en la "...prueba presuncional o directa del vínculo biológico paterno filial, sino en el reconocimiento prenatal o postnatal que haga el presunto padre respecto del hijo que haya dado a luz una determinada mujer..."¹⁴⁰ y para el caso de maternidad subrogada o donación de óvulo, la solución es el reconocimiento prenatal o postnatal de determinado hijo.

¹³⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. La Fecundación Artificial en Seres Humanos. Consideraciones Jurídicas. Ob. Cit. p. 148.

¹⁴⁰ Idem.

Este reconocimiento constituye una base para proteger al niño producto de la reproducción asistida de futuras controversias de filiación. Para ello resulta fundamental el consentimiento que se expresa para realizar la reproducción asistida ante la institución de salud, a este documento se le podría adicionar una cláusula o bien en escrito aparte donde tanto el hombre como la mujer sujetos a tratamiento reconozcan como hijo al producto. Dicha medida puede realizarse como lo establece la Ley General de Salud y la norma técnica relativa a la reproducción asistida, ante Notario Público o ante testigos.

Tomando en cuenta lo anterior creemos prudente adicionar el artículo 364 para quedar como sigue: “Puede reconocerse al hijo que no ha nacido, al que nacerá como resultado de la aplicación de la reproducción asistida y al que ha muerto si ha dejado descendencia”.

Se adiciona también una fracción al artículo 369: “El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- “I. En la partida de nacimiento, ante Juez del Registro Civil;
- “II. Por acta especial ante el mismo Juez;
- “III. Por escritura pública;

“IV. Por testamento;

“V. Por confesión judicial directa y expresa”.

“VI. Por documento expedido por Instituciones de Salud en caso de que se realice la reproducción asistida, donde conste de manera expresa el consentimiento en reconocer al futuro hijo”.

El concubinato es una forma reconocida por nuestro derecho para establecer una familia, para que éste se perfeccione el artículo 1635 establece determinados requisitos como son: que la pareja haya vivido juntos como si fueran cónyuges durante cinco años o antes si han tenido hijos en común. El artículo 383 del multicitado Código Civil, instituye presunciones para los hijos nacidos del concubinato, establece plazos relativos a la gestación para que los hijos se puedan considerar como hijos de los concubinos. Dado que la reproducción asistida puede realizarse también en parejas unidas por este vínculo, es pertinente adecuar el numeral aludido, en la siguiente forma:

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

“I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato, incluyendo a los nacidos por reproducción asistida siempre y cuando el concubinario haya expresado su consentimiento.

“II. los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina, aún si se efectuó reproducción asistida y el varón consintió en ella”.

Es apropiado tomar otra medida que puede consistir en que si el niño nace después de los trescientos días a que alude la fracción segunda del artículo 383, pero es producto de la reproducción asistida y el concubinario no ha revocado su consentimiento se considerará hijo de los concubinos.

1.3.- Determinación de la maternidad de un niño producto de la reproducción asistida.

Nuestro sistema jurídico proviene del derecho Romano, de ahí surgen principios hasta ahora incuestionables que se han trastocado con la reproducción asistida. Uno de estos principios seriamente afectados es con relación a la maternidad; se ha afirmado desde hace siglos: “Mater semper certa est” la maternidad es siempre cierta, y es prueba indubitable el parto, pero ya no es este axioma el que mejor resuelve el conflicto que se presenta en la aplicación de las nuevas técnicas de reproducción.

La aplicación de esta forma de procreación, hace surgir tres concepciones de maternidad: La madre genética, que es la portadora del óvulo que se va a fecundar; la madre biológica que en el supuesto caso va a recibir en su útero al embrión hasta su nacimiento y finalmente la mujer que se va a hacer cargo del bebé y que será su madre legal o social, y quien probablemente no tiene ningún vínculo consanguíneo con la criatura.

No obstante, para la ley, madre es aquella que da a luz a un hijo, el artículo 360 del Código Civil, establece: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento”. El hecho del parto es para la ley una prueba plena.

Los medios con los que hasta ahora cuenta la ciencia para aliviar la esterilidad, han hecho que conceptos como el de maternidad, tengan un nuevo significado, ya no sólo hay una prueba para demostrar que se es madre, el parto dejó de ser el medio idóneo, quizá la mujer que dé a luz a la criatura no tenga ningún vínculo genético con él, por haberse utilizado el óvulo de una donadora y posteriormente se le implantó; indudablemente para la ley hay una sola madre, la que da a luz al niño.

Pero, se puede dar el caso de que la mujer que parió al bebé no desee ser madre. Será la mamá del niño, la persona que encargo a otra mujer el embarazo (maternidad subrogada).

En el caso de esta figura, las complicaciones que se presentan son varias: en primer término, para que se realice la maternidad subrogada debe existir un convenio o contrato cuyo objeto es el préstamo del útero para que se desarrolle un embrión y la entrega del niño a su nacimiento, pero puede darse el caso de que la tercera mujer se negase a entregar al niño y hacer la filiación a su favor pues el parto es la forma de probar la maternidad. Y si esta mujer es casada el hijo presumiblemente es del marido de ella, y no del esposo de la mujer que solicitó la reproducción asistida y quien donó el esperma para que se realizara la fecundación.

Por otra parte, si la mujer da a luz a un niño, resultado de la aplicación de la reproducción asistida, es probable que haya recibido un óvulo de una donadora o uno ya fecundado, este embrión en consecuencia no tiene ningún vínculo genético con esta mujer, es decir no es su hijo, pues no tiene ninguna compatibilidad de orden biológico con la mujer en la que se desarrolla, pero para nuestro sistema jurídico la mamá es la que aporta el material genético y da a luz, pues a principios de siglo no se entendía ninguna otra forma de procrear.

Ninguna de estas situaciones prevé el Código Civil ni nuestro sistema jurídico, y en caso de que se presenten, el juzgador no puede dejar de resolver las controversias por falta u oscuridad en la ley, según lo prevé el artículo 18 del ordenamiento legal invocado.

El derecho debe tomar en cuenta que con la reproducción asistida, la maternidad no se probará más con el parto. En otros países, se realizan convenios en los cuales, las personas que donan sus gametos renuncian a todos los derechos que tengan, la mujer que presta su útero, renuncia a la maternidad y acepta que el producto sea entregado a la pareja que solicitó a la institución médica la aplicación de la reproducción asistida, ellos figurarán como sus padres con todos los derechos y obligaciones que se derivan. Pero en nuestro sistema jurídico la maternidad y la paternidad son irrenunciables, y las formas de reconocimiento del hijo están señaladas en el Código Civil; en consecuencia cualquier pacto que se realice será inexistente para el derecho.

Por estas razones es conveniente adicionar el artículo 360 del multicitado Código Civil, para quedar como sigue: “La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, **excepto cuando se pruebe que se ha aplicado la reproducción asistida, en cuyo caso se deberá tomar en cuenta quién solicitó el servicio...**”

Es conveniente esta medida si tomamos en cuenta el bienestar del niño, e indudablemente estará mejor atendido si sus padres desearon tenerlo. Ellos deben tener preferencia a los demás.

2.- Posibles derechos y obligaciones que se derivan del parentesco en caso de una reproducción asistida.

La familia desde siempre ha descansado en el lazo consanguíneo que une a padres e hijos, quienes forman la base de cualquier estructura familiar; "...existe una secuencia entre la cópula carnal, la fecundación, la gestación, el nacimiento y el parentesco, de donde derivan deberes, facultades y derechos..."¹⁴¹

Es sabido que los avances científicos concretamente en biología, determinan cambios en el derecho. El parentesco es un ejemplo de ello. La reproducción asistida crea situaciones hasta hace unos años impensables, como la posibilidad de procrear sin que haya un contacto sexual, que hoy es común.

Esta revolución científica incide directamente en el concepto de parentesco consanguíneo, que se define como la relación de derecho que une a las personas que descienden de un tronco común. Si uno de éstos descendientes nace como producto de la reproducción asistida, "...se desarticula la relación de parentesco o

¹⁴¹ Ibidem. p. 146.

cadena de generaciones...”¹⁴² El lazo consanguíneo que naturalmente existe entre padre e hijo no existe cuando se utiliza el semen de un donador, o aún entre madre e hijo por la presencia de un óvulo de donadora implantado en la mujer que dé a luz.

Sin duda, para el legislador el parentesco tiene su origen en el hecho biológico de la procreación, y es importante determinarlo por los efectos que produce entre las personas unidas por este vínculo.

Uno de los primeros efectos se presenta entre padres e hijos, es decir, el parentesco en primer grado en línea recta, el derecho al nombre.

En la convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, se acordó que un derecho inherente al menor es el tener un nombre, atendiendo a la verdad biológica de sus orígenes, por lo que se debe tomar en cuenta primordialmente el interés del niño aún sobre el social.¹⁴³

Nuevamente el origen biológico determina, según las Naciones Unidas, el nombre y apellido de una persona, y va más allá al otorgarle al niño el derecho a conocer sus orígenes.

¹⁴² *Ibidem*. p. 148.

¹⁴³ PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. *Ob. Cit.* p. 57.

De lo anterior podemos concluir que si un menor es abandonado, adoptado o concebido por medio de reproducción asistida, tiene derecho a conocer quienes son sus progenitores y a llevar su nombre. Estas prerrogativas las puede hacer valer ante la sociedad, debido a la fuerza moral y jurídica que tiene la ONU.

Otra consecuencia que se deriva del parentesco es el derecho a los alimentos. Esta obligación recíproca se sustenta igualmente en el vínculo biológico que existe entre padres e hijos.

Diversos juristas sostienen que los alimentos son una obligación que se deriva del derecho a la vida del nuevo ser "...que vincula en forma recíproca a quienes están ligados por virtud del matrimonio, la filiación o el parentesco", ¹⁴⁴ es decir, los lazos afectivos y biológicos que unen a las personas y hacen que surjan derechos como los alimentos.

Los alimentos tienen la característica de reciprocidad, el que los da tiene a su vez el derecho de recibirlos cuando así lo requiera. Los padres están obligados a dar la manutención a sus hijos, y estos a su vez tienen la obligación de proporcionarlos a ellos cuando por su edad u otras circunstancias, no puedan valerse por sí mismos; este deber surge de la filiación, pero tanto la paternidad

¹⁴⁴ CODIGO CIVIL COMENTADO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I. Primera reimpresión. Editorial Miguel Angel Porrúa. México, 1990. p. 217.

como la maternidad para nuestro legislador tienen su origen en el hecho biológico de la copúla entre los progenitores.

Atendiendo al principio de la verdad biológica, en caso de que se practicara la reproducción asistida los padres genéticos tienen esta responsabilidad con el producto de la donación de sus células germinales, y el niño tendrá la misma obligación para con sus padres genéticos o biológicos, si se llegara a probar tal situación.

Por otra parte, cuando se realiza la reproducción asistida, la pareja que la solicita está consciente de las responsabilidades que trae consigo la paternidad, ellos son los directamente involucrados, no así los demás parientes, sin embargo, en materia de alimentos, cuando los padres estén imposibilitados a darlos, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. (art. 303) A falta o imposibilidad de estos la obligación recae en los hermanos de padre y madre, en su defecto, en los que fueren de madre solamente o bien en los que fueren sólo de padre, a falta de estos parientes tendrán la obligación los parientes colaterales dentro del cuarto grado (art. 305).

Todas estas disposiciones están motivadas en los lazos de sangre que hay entre los parientes y el natural afecto que existe entre ellos, vulgarmente se dice 'la

sangre llama' pero considerando que el niño nace como producto de la reproducción asistida, no tiene ningún vínculo de esta índole con los parientes, por que las personas de las que proceden los gametos por los que fue concebido no son de sus padres sociales, y tampoco tienen parentesco consanguíneo con los parientes de estos, ¿podrán con base en esta reflexión negarse a proporcionar los alimentos?

Para la ley es claro que en tanto esté reconocido legalmente como hijo, ya se debe considerar pariente de los familiares de sus padres, pero si se llegara a probar lo contrario, el niño quedaría desamparado; así que es recomendable hacer una revisión de esta figura con el objeto de preveer situaciones como las que plantea la ciencia a través de la reproducción asistida.

La sucesión legítima es otro de los efectos que surgen de los lazos de parentesco. Se presenta cuando una persona no dispone de sus bienes, derechos y obligaciones, para después de su muerte en algún instrumento que determina la ley, esto es en un testamento.

El artículo 1599, señala los supuestos en los que se abre la sucesión legítima:

- I.- Cuando no hay testamento, o el que se otorgó es nulo o perdió su validez,
- II.- Cuando el testador no dispuso de todos sus bienes;
- III.- Cuando no se cumplía la condición impuesta al heredero;

IV.- Cuando el heredero muere antes del testador, repudia la herencia o es incapaz de heredar, si no se ha nombrado sustituto.

Muchos juristas han tratado de explicar el fundamento de la sucesión legítima. La escuela del derecho natural sostiene que la sucesión legítima se basa en el orden de la sangre, o en el orden natural, para los exponentes de esta teoría la sucesión se da entre los parientes consanguíneos exclusivamente.

La segunda teoría es la denominada biológica, esta sostiene que la "...herencia tiene la misma causa que el fenómeno de la reproducción del individuo: los descendientes son desmembramientos sucesivos del ser..."¹⁴⁵

Para la tercera teoría el fundamento de la sucesión legítima es "...la voluntad presunta del causante..."¹⁴⁶ La siguiente teoría es la llamada de la copropiedad familiar, aquí el heredero tiene el derecho a heredar por el simple hecho de pertenecer a la familia del difunto. Finalmente, encontramos la teoría que sostiene que la sucesión representa la continuación de la vida económica y jurídica del autor de la herencia, debido a que al morir no puede dejar de cumplir sus obligaciones bruscamente.

¹⁴⁵ CÓDIGO CIVIL COMENTADO. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo III. 2a. reimpresión. Editorial Miguel Angel Porrúa. México, 1990. p. 162.

¹⁴⁶ Idem.

De cualquier manera, el parentesco consanguíneo es determinante en la sucesión legítima; pero como anteriormente apuntamos, con la reproducción asistida hay una desarticulación en la cadena de generaciones; el lazo de sangre se rompe, con la nueva forma de reproducción el vínculo genético desaparece.

El artículo 1602 del Código Civil, señala quienes tienen derecho a heredar. En primer término están los descendientes, cónyuges, ascendientes, parientes colaterales dentro del cuarto grado y la concubina o el concubinario. El orden que establece el citado ordenamiento obedece a los lazos de parentesco consanguíneo primordialmente.

La persona engendrada por reproducción asistida aunque legalmente esté considerada pariente del autor de la sucesión, realmente no lo es, atendiendo a la verdad biológica, lo cierto es que sus parientes consanguíneos son aquellos de los que proceden los gametos con los que fue concebido.

Toda esta revolución propone un cambio, en donde las relaciones se deben determinar por lazos afectivos más que por los biológicos.

3.- Trascendencia de la reproducción asistida.

La reproducción asistida es un tema que ha levantado grandes polémicas en todos los sectores de la sociedad debido a la importancia que reviste.

Para la medicina el poder lograr la procreación en un laboratorio, representa un gran avance y la solución a los problemas de esterilidad en la especie humana. A través de las nuevas técnicas, todos los individuos son capaces de tener hijos, aunque no de procrear. Los científicos afirman que la reproducción asistida representa ventajas; mediante la manipulación de gametos se puede evitar la transmisión de enfermedades hereditarias, al utilizar semen de donadores se pueden elegir a individuos mejores física e intelectualmente, lo mismo sucedería si se utilizara el óvulo de una donadora.

Por otra parte, la reproducción asistida abrió la posibilidad de crear embriones para investigación. En esta materia, los estudios realizados con los tejidos embrionarios han hecho posible la experimentación en la cura de ciertas enfermedades como las siguientes:

El mal de Parkinson es tratado implantando en el cerebro células neuronales procedentes de embriones, mediante este tratamiento se registra una notable mejoría en los pacientes. Este tipo de neuronas fetales se pueden emplear para tratar las heridas en la médula espinal, la esclerosis múltiple y el mal de Alzheimer.

La diabetes es otra enfermedad que puede ser tratada con células pancreáticas extraídas de fetos y el síndrome de hurler con células extraídas del hígado del embrión. Otra utilidad que tienen es para el tratamiento de algunas enfermedades de la sangre como la hemofilia, leucemia y algunas anemias.¹⁴⁷

Así mismo se realizan investigaciones para que a través de las células embrionarias se logre encontrar algún tratamiento para el SIDA.

Todas estas investigaciones han dado pie a experimentar manipulando los cromosomas que determinan el sexo de las personas, recientemente se ha logrado a través de la manipulación genética controlar el sexo de ratones en un laboratorio en Estados Unidos, el procedimiento está teniendo éxito y de no encontrar una limitación se llegará a aplicar en los humanos olvidando la selección natural y atendiendo a intereses quizá comerciales o de poder.

A raíz de todas las utilidades que tiene la reproducción asistida y las investigaciones con embriones que resultan de su práctica, surge la clonación como una alternativa más para lograr la procreación, que aún se encuentra en fase de investigación para su aplicación en los humanos. Recientemente se dió la noticia del nacimiento de una oveja clonada llamada Dolly, el procedimiento que se siguió para que se lograra la clonación fue el siguiente:

¹⁴⁷ COPERIAS M., Enrique. Ob. Cit. p. 7.

“1.- Se extrae una célula adulta de la ubre de la primera oveja.

“2.- La célula es colocada en un recipiente sin ningún nutriente para detener su desarrollo.

“3.- Se procede a extraer un óvulo sin fertilizar de la segunda oveja y se le saca el núcleo, de manera que el gameto queda vacío.

“4.- Se saca el núcleo de la célula de la primera oveja y se coloca en el óvulo de la segunda oveja, donde encontrará los nutrientes para desarrollarse.

“5.- El óvulo con el nuevo núcleo es implantado en el útero de una tercera oveja.

“6.- Con dos electrodos se lanza una descarga eléctrica al núcleo de la célula, idéntica a la que se produce en la unión normal de dos sexos. A partir de entonces el núcleo empieza a dividirse hasta formar un embrión.”¹⁴⁸

El resultado fue una oveja idéntica de la que se extrajo el núcleo, su afinidad física no es tan sorprendente como la genética. Este éxito de los científicos causó revuelo en todo el mundo, las opiniones que se expresaron fueron diversas:

“1.- Para recuperar a un ser querido o a un individuo sumamente inteligente.

“2.- Para mejorar la raza, con seres de ciertas características de color, estatura, corpulencia, etc.

¹⁴⁸ MALLO, Roberto J. Clonación: Dios en el Laboratorio. Conozca Más. Editorial Televisa. México, 1997. Año 8. No. 8. p.p. 38, 39.

“3.- Para obtener una fuente de órganos destinados a autoimplantes, sin rechazo inmunológico.”¹⁴⁹

“4.- Será posible controlar el sexo de los descendientes; la mujer sólo puede clonificar mujeres, y el hombre sólo hombres,

“5.- Permitirá duplicar individuos sanos y evitará así el riesgo de enfermedades genéticas.”¹⁵⁰

Sin duda la clonación tiene grandes beneficios, pero el riesgo de poder controlar de esta manera la reproducción pone en grave riesgo a la especie humana, la procreación habrá perdido su esencia y sólo servirá a intereses de unos cuantos.

Desde el punto de vista religioso, la reproducción asistida ha sido rechazada, particularmente “...la católica, la anglicana y la judía ortodoxa se oponen firmemente al procedimiento”.¹⁵¹ Afirman que “...conlleva una separación entre los beneficios y el significado del matrimonio...”¹⁵² para los católicos un niño debe ser producto de la unión de dos seres, esta es la manera natural e idónea de concebir; también apuntan que estas técnicas representan una “...intrusión en la exclusividad e intimidad del vínculo conyugal...”¹⁵³ en el caso de utilizarse donadores, donde el bebé no tendrá liga genética con alguno o ambos padres.

¹⁴⁹ *Ibidem.* p. 40

¹⁵⁰ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *Ob. Cit.* p. 677.

¹⁵¹ PÉREZ PEÑA, Efraín. *Ob. Cit.* p. 410.

¹⁵² HOWARD W., Jones. *Reproducción Asistida. Clínicas, Obstétricas y Ginecológicas.* Editorial Interamericana. México, 1992. p. 713.

¹⁵³ CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, F. *Ob. Cit.* p. 31.

Una de las más fuertes opiniones es la que emite el Papa Juan Pablo II, dirigida a científicos, juristas y a los Estados, en el sentido de que se detenga la producción de embriones humanos "...ya que no hay una salida moralmente lícita para los miles de embriones congelados..."¹⁵⁴ a los que los asiste el derecho a la vida desde la misma fecundación y destruirlo "...significa programar un genocidio..."¹⁵⁵ Pero quizá ha sido más fuerte la protesta pronunciada contra la clonación, el Vaticano ha expresado su repudio total y pide a los gobiernos de los Estados que prohíban su investigación y su práctica.

La polémica se extiende al ámbito ético y filosófico, quizá es uno de los temas científicos más estudiados y controvertidos. Al respecto, existe una división de pensamiento. Los que aceptan la práctica de la reproducción asistida y los que están en contra.

Para los primeros, es sólo una forma más de ayuda a las parejas estériles que desean tener hijos, pero se debe tomar en cuenta ciertos parámetros, como la unión permanente de la pareja. También opinan que es preferible utilizar los propios gametos de la pareja y no de terceros.

Las opiniones más fuertes son las que atacan a la reproducción asistida, la consideran inmoral porque atenta contra la procreación que es considerada la base

¹⁵⁴ PERIODICO EL EXCELSIOR. 24 de Mayo de 1996. No. 18,752. p. 15.

¹⁵⁵ Idem.

del matrimonio, para los que sostienen esta postura, la práctica de esta técnica es una forma científica de adulterio. También existe la preocupación de que los donadores se casen con sus hijos o bien ante el desconocimiento del vínculo biológico, el matrimonio podría darse entre hermanos.

El sector feminista es quizá el más interesado en el tema, ya que la mujer es la directamente involucrada y la que resulta más afectada en la aplicación de estas técnicas.

En el año de 1986, se llevó a cabo una conferencia feminista para tratar entre otros asuntos lo relativo a las técnicas de reproducción asistida.

La Conferencia terminó con la siguiente declaración: "...Las feministas nos oponemos a las nuevas tecnologías reproductivas y sostenemos que las mujeres no necesitamos transformar nuestros cuerpos para resolver las injusticias políticas, sociales y económicas que son responsables, en buena parte, de las causas de infertilidad. Nos oponemos a la apropiación de nuestros cuerpos para fines patriarcales de lucro industrial, de control de la población o de experimentación médica."¹⁵⁶

¹⁵⁶ LAMAS, Martha. Las Feministas ante la Tecnología Reproductiva. Revista Fem. México, 1987. Año 11. No. 51. p.34.

No obstante la opinión feminista a la que consideramos radical, la reproducción asistida se encuentra en principio al servicio de la mujer que desea lograr la maternidad. Por otra parte al derecho le corresponde regular la práctica de dicha técnica con el propósito de no llegar a los extremos que plantean las feministas.

Por último, la reproducción asistida es cada vez más exitosa, las investigaciones avanzan en el area científica; en este aspecto el derecho se ha estancado dejando que los acontecimientos lo rebasen.

Cabe destacar que nuestra legislación en materia familiar parte de la base de un vínculo biológico, el auge de la reproducción asistida viene a cuestionar principios establecidos como “la maternidad es siempre cierta”, y nuestros ordenamientos son insuficientes para resolver las controversias que se presenten.

Esta figura es sumamente importante para la ciencia y trasciende al ámbito jurídico, aquí es donde aún no se ha tomado en cuenta. La jurisprudencia al igual que la Ley continúan ignorando la importancia de la reproducción asistida. Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la infidelidad se constituye por las relaciones sexuales que se tenga con una persona diferente al o la cónyuge. Es criterio sostenido que para acreditar el adulterio con una prueba indirecta se puede

alegar el hecho de que la mujer conciba un hijo que no sea del marido, tal y como se observa en la siguiente tesis jurisprudencial, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tercera Sala: “DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. Si se demuestra que desde cinco años anteriores a la demanda de divorcio, la quejosa y su esposo no habían tenido relaciones conyugales, y si no obstante, posteriormente a esta separación, a la esposa se le practicó una operación cesárea, que consiste en abrir la matriz para extraerle un feto, de estos dos hechos se deriva lógica y consecuentemente la infidelidad de la cónyuge demandada.”

Y en la Tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Tercera Sala, página 25: “DIVORCIO, ADULTERIO COMO CAUSAL DE. La acción de divorcio por adulterio fundada en el hecho debidamente probado de que la esposa dio a luz un hijo durante la ausencia del marido es procedente, porque dicho alumbramiento obedeció a relaciones adulterinas y, por lo mismo, no debe exigirse como requisito de procedibilidad que primero se obtenga sentencia en juicio autónomo, respecto al desconocimiento de la paternidad de dicho menor.”

Debido a la dualidad de paternidades en la aplicación de la reproducción asistida, el menor puede verse afectado en sus derechos a alimentos y sucesión que

le otorga la Ley. Por un lado podrían cuestionar su derecho a recibir alimentos porque no existe el lazo consanguíneo, así como su derecho a heredar a sus padres sociales; y por el otro, la improcedencia de poder reclamar herencia y/o alimentos a sus padres genéticos aunque exista extrema necesidad de parte del menor. Así mismo, el hecho de ignorar su origen genético, abre la posibilidad de que a largo plazo, estos seres se lleguen a relacionar con sus hermanos genéticos y tengan hijos con degeneraciones.

Igualmente se vería afectado por encontrarse sometido a un juicio de contradicción de paternidad o desconocimiento de paternidad, por no existir ley aplicable que defina su situación desde antes de su nacimiento.

CONCLUSIONES.

1.-La procreación representa para la humanidad la continuidad de la especie y la perpetuación de un pueblo; para el individuo significa el trascender más allá de la muerte. La historia nos muestra que ningún pueblo ha suprimido la procreación. Por el contrario, la ha propiciado y sanciona a quienes atentan contra ella.

2.-La reproducción asistida consiste en todas aquellas técnicas que propician la fecundación por un medio distinto a la cópula. Inseminación artificial, fecundación in vitro, transferencia intratubaria de gametos y transferencia de embriones, son algunas de las técnicas hasta hoy conocidas. Así, el contacto sexual ha dejado de ser esencial para lograr la procreación, que se puede lograr sin que medie la conjunción entre la pareja.

3.-El artículo 4º Constitucional consagra la garantía de libertad para procrear, que se puede entender de dos sentidos; tanto el hombre como la mujer pueden decidir no tener hijos haciendo uso de los métodos anticonceptivos o bien, acudir a los modernos medios científicos para lograr tener hijos, es decir a la reproducción asistida.

4.-Dada la importancia de la reproducción asistida, diversos países la han incluido en su legislación. Muchas de las disposiciones son un ejemplo que se debe tomar en cuenta para adecuar nuestras normas a las necesidades e idiosincrasia de nuestra sociedad.

5.-Conocer el origen biológico es un derecho que tiene cualquier persona, y que puede hacer valer en cualquier momento. Esta prerrogativa es cada vez más actual debido al aumento de los nacimientos en todo el mundo de niños cuyo origen biológico depende de la técnica de reproducción asistida que se haya aplicado para su concepción.

6.- Debe legislarse la reproducción asistida en todas sus modalidades, en parejas unidas en matrimonio o concubinato, donde el consentimiento es el elemento esencial para determinar derechos y obligaciones a las partes que intervienen en el proceso.

7.-Las relaciones filiales y de parentesco que descansan en el vínculo biológico o consanguíneo, deben reestructurarse para tomar en cuenta situaciones como la paternidad y maternidad genéticas y sociales que se plantean en la aplicación de la reproducción asistida, por lo que se propone adicionar algunas disposiciones del Código Civil, de la siguiente manera:

Art. 324. Se presumen hijos de los cónyuges:

I. Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, **aún cuando su nacimiento sea producto de la reproducción asistida,**

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

Igual término correrá si el nacimiento es producto de la reproducción asistida y el marido ha otorgado su consentimiento de manera expresa y después de este plazo si el varón no ha revocado su consentimiento.

Art. 325. Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento. **Pero si se utilizó la reproducción asistida, el marido deberá probar que ésta se realizó sin su consentimiento.**

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

Art. 327. El marido podrá desconocer al hijo nacido después de trescientos días, contados desde que judicialmente y de hecho tuvo lugar la separación provisional

prevista para los casos de divorcio y nulidad; **excepto cuando el hijo es producto de la reproducción asistida y el marido ha otorgado su consentimiento**; pero la mujer, el hijo o el tutor de éste pueden sostener en tales casos que el marido es el padre.

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

I. Se presume que el hijo es del primer matrimonio si nace dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del primer matrimonio y antes de ciento ochenta días de la celebración del segundo. **Será aplicable esta regla cuando la reproducción asistida se realice con el consentimiento del primer esposo.**

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

El que negare las presunciones establecidas en las dos fracciones que preceden, deberá probar plenamente la imposibilidad física de que el hijo sea del marido a quien se atribuye; **para el caso de que el hijo sea producto de la reproducción asistida serán admisibles como pruebas, el escrito donde el esposo exprese su consentimiento para la aplicación de estas técnicas.**

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

Art. 360. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento, **excepto cuando se pruebe que se ha aplicado la reproducción asistida, en cuyo caso se deberá tomar en cuenta quién solicitó el servicio.** Respecto del padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Art. 364. Puede reconocerse al hijo que no ha nacido, **al que nacerá como resultado de la aplicación de la reproducción asistida** y al que ha muerto si ha dejado descendencia.

Art. 369. El reconocimiento de un hijo nacido fuera del matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

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

II. Por acta especial ante el mismo juez;

III. Por escritura pública;

IV. Por testamento;

V. Por confesión judicial directa y expresa;

VI. Por documento expedido ante Instituciones de Salud, en caso de que se realice la reproducción asistida, donde conste de manera expresa el consentimiento en reconocer al futuro hijo.

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

I. Los nacidos después de ciento ochenta días, contados desde que comenzó el concubinato, **incluyendo a los nacidos por reproducción asistida, siempre y cuando el concubinario haya expresado su consentimiento.**

II. Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al que cesó la vida común entre el concubinario y la concubina, **aún si se efectuó reproducción asistida y el varón consintió en ella.**

BIBLIOGRAFIA.

- ACOSTA ROMERO, Miguel y LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Delitos Especiales. 3a. edición. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.
- ASCH H., Ricardo y CARBAJAL HERMES, Jaimes. Transferencia Intratubaria de Gametos (GIFT). Revista Médica. Ed. Médica Panamericana. Buenos Aires, Argentina. 1988.
- BAENA, Guillermina. Manual para Elaborar Trabajos de Investigación Documental. 10a. Reimpresión. Editores Mexicanos Unidos, S.A. México, 1993.
- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho de Familia y Sucesiones. Ed. Harla. México, s/a.
- BERGER S., Jaime. La Inseminación Artificial. (Estudio de Derecho Comparado) Instituto Cuahatlatohuac. Tijuana, México. 1975.
- BELLUSCIO, Augusto César. Derecho de Familia. Tomos I y IV. Ediciones Depalma. Buenos Aires, Argentina. 1979.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín y BRAVO VALDÉS, Beatriz. Derecho Romano. 13a. edic. Ed. Pax-México, S.A. México. 1988.
- BURG, Andrea. La Mujer y la Maternidad. Revista Información Científica y Tecnológica. México. No. 84, sep. 1983.
- CASTRO V., Juventino. Garantías y Amparo. 7a. edición. Editorial Porrúa. México. 1991.
- COPERIAS M., Enrique. Embriones Humanos de Usar y tirar. Revista Muy Interesante. Editorial Palsa, S.A. de C.V. México. 1995. Año XII, no. 6.
- CORTÉS OBREGÓN, Hilda. Unificación y Modernización del Derecho Civil Mexicano. Tesis Profesional. Facultad de Derecho, UNAM. México. 1958.

II CONGRESO MUNDIAL VASCO. CONGRESO DE FILIACIÓN. La Filiación a Finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. Editado por el Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. 1988.

CHÁVEZ ASECIO, Manuel F. La Familia en el Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.

----- La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa, S.A. México. 1992.

DE PINA VARA, Rafael. Elementos de Derecho Civil. 7a. edic. Ed. Porrúa, S.A. México. 1975.

GARCÍA MENDIETA, Carmen. Fertilización Extracorpórea : Aspectos Legales. Revista Ciencia y Desarrollo. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 1985. Año 11, no. 65, Nov.- Dic.

GARZA MERCADO, Ario. Manual de Técnicas de Investigación. 7a. Reimpresión. Editado por el Colegio de México. México. 1979.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 4a. edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1980.

-----La Fecundación Artificial en Seres Humanos. Consideraciones Jurídicas. Revista de la Facultad de Derecho, UNAM. México. Vol.40, no. 169-171, tomo XI, enero-junio, 1990.

GUTIÉRREZ ARAGÓN, Raquel. Derecho. 8a. Edición. Ed. Porrúa. México. 1979.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. 3a edición. Ed. Porrúa, S.A. México. 1990.

HOWARD W., Jones. Reproducción Asistida. Revista Clínicas Obstétricas y Ginecológicas. México. Ed. Interamericana. México. 1992.

KABLY AMBE, Alberto Jr. Fertilización In Vitro. Revista de Perinatología. Ed. Piensa, S.A. México. Año 2, no. 9, mayo- Junio 1987.

La lucha contra la Esterilidad. Revista Información Científica y Tecnológica. México. No. 84, sep. 1983.

LAMAS, Marta. Las Feministas ante la Tecnología Reproductiva. Revista Fem. México. Año 11, no.51.1987

MALLO, Roberto J. Clonación: Dios en el Laboratorio. Revista Conozca Más. Editorial Televisa, S.A. México. Año 8, no. 8. Agosto 1997.

MEZA CANALES, Margarita. Los injertos, transfusiones y trasplantes, necesidad de una legislación al respecto. Tesis Profesional. Facultad de Derecho. UNAM. México, 1969.

MORALES MUÑOZ, Manuel. Curso de Técnicas de Investigación y Redacción de Tesis. Escuela Nacional de Estudios Profesionales, Aragón. UNAM. 1994.

MORRIS FISHBEIN, Md. Enciclopedia Familiar de la Medicina y la Salud. H.S. Stuttman Co, Inc. Editores. N.Y. EUA. 1967.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 4a. edic. Ed. Porrúa, S.A. México. 1990.

O'CALLAGHAN, Xavier. Compendio de Derecho Civil. Tomo IV.3a. Edición. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, España. 1991.

OLIVARES MORALES, Angel Sergio e IBAÑEZ SALVADOR, Juan Carlos. La Inseminación Artificial como Tratamiento de la Pareja Estéril. Revista de Sanidad Militar. México. Vol. 48, no. 6, nov.- dic. 1994.

PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Ed. José M. Mujica. México, 1967.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. Derecho de Familia. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid. España. 1989.

PÉREZ PEÑA, Efrain. Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología en la Reproducción. Ed. Salvat Mexicana, S.A. de C.V. México. 1981.

-----Ética en la Investigación en Reproducción. Revista Clínicas, Obstétricas y Ginecológicas. Ed. Artemisa. México. Vol. 61, sep., 1993.

PÉREZ TAMAYO, Ruy. Fertilización Extracorpórea: Aspectos Morales y

- Filosóficos. Revista Ciencia y Desarrollo. México. Año 11, no. 65, nov.-dic. 1985.
- PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. Derecho de Familia. Ed. UNAM. México. 1990.
- REMONI, José, PELLICER, Antonio y BONILLA-MUSOLES, Fernando. Avances en Reproducción Asistida. Ed. Ediciones Díaz de Santos, S.A. Madrid, España. 1992.
- ROBERT, Manuel. Concepción Humana In Vitro. Revista Naturaleza. México. No. 5, octubre 1978.
- ROBERTSON A., John. Preimplantation Human Embryos. Arch Pathol Lab. Med. Vol. 116. EUA. 1992.
- R. DI PAOLA, Guillermo. Enfoque de la Pareja Estéril. En Avances en Reproducción Humana. Ed. Panamericana. Buenos Aires, Argentina, 1988.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 5a. edic. Ed. Porrúa, S.A. México. 1980.
- ROMO ROMAN, Alicia. Algunas Reflexiones sobre la Fertilización Asistida. Publicación de la Universidad Gabriela Mistral. Santiago de Chile. Sep. 1994.
- SOTO LAMADRID, Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo De Palma. Buenos Aires, Argentina. 1990.
- SUÁREZ, Mario, Dr. Avances en Reproducción Humana. Instituto Nacional de Perinatología. Reunión anual, experiencia en México, memorias del curso. México. 1988.
- VERA HERNÁNDEZ, Julio. Inseminación Artificial en Seres Humanos: Incidencias Jurídicas. Tesis Profesional. Facultad de Derecho UNAM. México, 1958.
- ZANNONI A., Eduardo. Derecho Civil. Derecho de Familia. 2a. edic. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1993.
- ZARATE T., Arturo y MACGREGOR S., Carlos. Fertilización Extracorpórea: Aspectos Médicos y Económicos. Revista Ciencia y Desarrollo. México. Año 11, no. 65, nov.- dic- 1985.

ZARRALUQUI, Luis. Procreación Asistida y Derechos Fundamentales. Ed. Tecnos, S.A. Madrid, España. 1988.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS.

H. CÁMARA DE DIPUTADOS LV LEGISLATURA. México a través de sus Constituciones. Los derechos del Pueblo Mexicano. 4ª. Edic. Editorial Porrúa, S.A. México. 1994.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. México, 1988.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Ed. Libros Científicos. Buenos Aires, Argentina. 1981.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. Tomo XXVIII. Ed. Espasa-Calpe, S.A. Madrid, España. 1979.

FAMILIA 2000. HISTORIA DE LA FAMILIA. Vol. 12. Ed. Everest. España. 1973.

J. COROMINAS. Diccionario Crítico Etimológico de la Lengua Castellana. Ed. Gredos. Madrid, España. s/a.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Ediciones Mayo. México. S/a.

LEGISLACIÓN.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CODIGO CIVIL para el Estado Libre y Soberano de Nuevo León. Anteproyecto y comentarios del Lic. Ernesto Gutiérrez y González.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Comentada. Instituto de Investigaciones Jurídicas. 8ª. Edic. Ed. Porrúa, S.A. México. 1995.

LEY GENERAL DE SALUD.