



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL**

**REGULACION LEGAL DE LAS TECNICAS DE  
REPRODUCCION ASISTIDA**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :**

**MARIA LUISA GALDE ESQUIVEL**



ASESOR DE TESIS: LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA



CD. UNIVERSITARIA, D. F.

2004



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE  
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV11/9/04/53

ASUNTO: Aprobación de Tesis

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,  
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN  
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.  
P R E S E N T E .**

La alumna **MARIA LUISA GALDE ESQUIVEL**, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. José Barroso Figueroa, la tesis denominada **"REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA"** y que consta de 107 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

La interesada deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

**"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"**  
Cd. Universitaria, D.F. 1 de Septiembre de 2004.

**LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS**  
Director del Seminario

LGAS'egr.

FACULTAD DE DERECHO  
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL



UNIVERSIDAD NACIONAL  
AVENIDA DE  
MEXICO

Cd. Universitaria, D.F., a 20 de agosto del 2004

SR. LIC. LUIS GUSTAVO ARRATIBEL SALAS,  
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL  
P R E S E N T E:

Por este conducto me es grato comunicar a Ud. que la alumna MARIA LUISA GALDE ESQUIVEL, con número de -- cuenta 9222569-5, ha concluido la elaboración de su tesis intitulada "REGULACION LEGAL DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA".

Después de haber revisado el mencionado trabajo recepcional, considero que reúne los requisitos necesarios para ser aprobado, razón por la cual solicito a Ud., si para ello no existe inconveniente, tenga la bondad de - concederle su aprobación.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi alta y distinguida consideración.

A t e n t a m e n t e  
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

  
LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA

JBF/sci

## DEDICATORIAS:

A quienes me dieron la vida, su amor y  
me formaron con sus enseñanzas, además  
de darme la oportunidad de prepararme académicamente.

*Mis padres*

*Leandro*

*Ma. Antonieta*

A quien representa mi alegría por vivir y  
me cedió tiempos para obtener  
una profesión.

*Mi hija*

*Iztli Quetzalma*

G R A C I A S

## AGRADECIMIENTOS :

A Dios por la oportunidad de vivir.

A quienes me apoyaron con su amor para conseguir este sueño.

*Mis hermanos*

Vero

Leo

Edgar

A quienes me han brindado su apoyo, confianza y amistad.

Norma

Miguel

Isabel

Mónica

Nancy

Bertha

Mara

Lulu

Mario

Gil

Lic. Teresita

Lic. Juan A.

Lic. Emilio Corzo

A mi *Universidad Nacional Autónoma de México*,  
la cual me ha acercado al mundo del conocimiento.

A mi profesor y asesor de tesis por sus enseñanzas  
y supervisión de este trabajo.  
*Lic. José Barroso Figueroa.*

G R A C I A S

## I N D I C E

### REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

#### CAPITULO PRIMERO.- LA ESTERILIDAD HUMANA.

|  |    |
|--|----|
| 1.1 Concepto de esterilidad .....  | 1  |
| 1.2 Significado psico-social de la esterilidad .....                             | 4  |
| 1.3 La esterilidad de la pareja heterosexual. Problemática .....                 | 6  |
| 1.4 Causas de la esterilidad humana .....  | 8  |
| 1.4.1 Causas de la esterilidad femenina .....                                    | 11 |
| 1.4.2 Causas de la esterilidad masculina .....                                   | 13 |
| 1.4.3 Factores comunes a ambos sexos, en cuanto a la esterilidad .....           | 14 |
| 1.5 El tratamiento de la esterilidad y las técnicas de reproducción humana ..... | 15 |
| 1.5.1 Derecho a la maternidad y paternidad .....                                 | 17 |
| 1.5.2 Acceso a las técnicas de reproducción .....                                | 20 |

#### CAPITULO SEGUNDO.- ASPECTOS GENERALES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

|   |    |
|---|----|
| 2.1 Antecedentes históricos de las técnicas de reproducción asistida .....  | 23 |
| 2.2 Concepto de reproducción asistida .....                                 | 26 |
| 2.3 Clasificación de las diferentes técnicas de reproducción asistida ..... | 27 |
| 2.3.1 Inseminación artificial .....   | 28 |
| 2.3.1.1. Inseminación homologa .....  | 31 |
| 2.3.1.2 Inseminación heteróloga .....                                       | 32 |
| 2.3.2 Perfusión espermática a oviductos .....                               | 35 |
| 2.3.3 Fecundación in vitro .....  | 36 |
| 2.3.3.1 Fecundación in vitro con gametos provenientes de la pareja .....    | 38 |
| 2.3.3.2 Fecundación in vitro con donación de gametos .....                  | 39 |
| 2.3.3.3 Fecundación in vitro con donación de embrión .....                  | 40 |
| 2.3.4 Maternidad subrogada .....  | 41 |
| 2.3.5 Micromanipulación de gametos y embriones .....                        | 42 |
| 2.3.6 Sustitución nuclear o clonación .....                                 | 43 |
| 2.4 Los usuarios de las técnicas de reproducción asistida .....             | 45 |

#### CAPITULO TERCERO.- LA FILIACIÓN ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

|  |    |
|--|----|
| 3.1 Concepto de filiación .....                              | 49 |
| 3.2 La filiación como estado jurídico .....                  | 52 |
| 3.3 Causas determinantes de la filiación .....               | 54 |
| 3.4 La voluntad como fuente del vínculo paterno-filial ..... | 55 |
| 3.5 Principio de la verdad biológica .....                   | 56 |
| 3.6 Paternidad y Maternidad .....                            | 58 |

|         |   |    |
|---------|---|----|
| 3.6.1   | Concepto de <b>paternidad</b> y concepto de <b>maternidad</b> .....   | 59 |
| 3.6.2   | Presunción de <b>paternidad</b> y presunción de <b>maternidad</b> .....   | 60 |
| 3.7     | Relación <b>paterno-filial</b> en virtud de la <b>fecundación in vitro</b> .....                                    | 63 |
| 3.7.1   | Determinación de la <b>paternidad</b> y <b>maternidad</b> en el <b>caso de fecundación in vitro</b> .....           | 64 |
| 3.7.2   | Acciones de <b>filiación</b> y la <b>fecundación in vitro</b> .....   | 66 |
| 3.7.2.1 | Impugnación de la <b>paternidad</b> o <b>maternidad</b> tratándose de <b>fecundación in vitro</b> .....             | 68 |
| 3.7.2.2 | Reclamación de la <b>filiación</b> establecida mediante la <b>fecundación in vitro</b> .....                        | 70 |
| 3.8     | <b>Maternidad subrogada</b> .....   | 72 |
| 3.8.1   | Concepto de <b>maternidad subrogada</b> .....   | 73 |
| 3.8.2   | Naturaleza <b>jurídica</b> del contrato donde se pacta la <b>maternidad subrogada</b> .....                         | 74 |
| 3.8.3   | Determinación de la <b>paternidad</b> y la <b>maternidad</b> en el supuesto de la <b>maternidad subrogada</b> ..... | 77 |
| 3.8.4   | Acciones de <b>filiación</b> y la <b>maternidad subrogada</b> .....   | 79 |
| 3.8.4.1 | Impugnación de la <b>paternidad</b> o la <b>maternidad</b> , en el caso de <b>maternidad subrogada</b> .....        | 79 |
| 3.8.4.2 | Reclamación de la <b>filiación surgida</b> de la <b>maternidad subrogada</b> .....                                  | 81 |

#### CAPITULO CUARTO.- PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

|                    |  |     |
|--------------------|--|-----|
| 4.1                | Determinación de cuáles técnicas de reproducción son lícitas .....         | 83  |
| 4.2                | Necesidad de una regulación de las técnicas de reproducción asistida ..... | 85  |
| 4.2.1              | Concepto de <b>reproducción asistida</b> .....                             | 87  |
| 4.2.2              | Clases de técnicas reproducción asistida .....                             | 89  |
| 4.2.3              | Casos permitidos de reproducción asistida .....                            | 92  |
| 4.2.4              | Centros de atención para la práctica de reproducción asistida .....        | 95  |
| 4.2.5              | Investigación y experimentación en materia de reproducción asistida .....  | 97  |
| 4.2.6              | Prohibiciones a la práctica de reproducción asistida .....                 | 99  |
| CONCLUSIONES ..... |  | 102 |
| BIBLIOGRAFÍA ..... |  | 105 |



## CAPITULO PRIMERO

### LA ESTERILIDAD HUMANA

#### 1.1 CONCEPTO DE ESTERILIDAD

La elevada tasa de infertilidad que padecen las sociedades modernas y los problemas individuales y colectivos constituyen expedientes de legitimación habituales de las nuevas tecnologías reproductivas, las cuales son representadas como remedio a la esterilidad.

La fecundidad ha experimentado un notable descenso porcentual durante el último cuarto del siglo, en casi todos los países del mundo. La idea generalizada entre los demógrafos es que este fenómeno ha surgido en forma voluntaria entre las parejas, es decir, mediante prácticas de control de natalidad que recurren al uso de anticonceptivos, esterilización y al aborto. De igual forma la fecundidad está sometida a muchas variables, entre las que destacan las diversas transformaciones de la familia, lo anterior debido a la significación y utilidad económica de los hijos no siendo igual en la estructura amplia de carácter patriarcal que en la familia nuclear moderna, básicamente consumista y pragmática, que ha debido reducir el número de sus miembros a cambio de una mayor comodidad y movilidad social.

La esterilidad se define como una enfermedad o consecuencia de una enfermedad con componentes físicos, psíquicos e incluso sociales. Consiste en la incapacidad para concebir.

Para la autora *María Luisa Vega Gutiérrez*, la fertilidad puede definirse como "la falta de concepción después de un año de relaciones sin protección". Se ha

establecido que un ochenta y cinco por ciento de las parejas conciben al cabo de un año.<sup>1</sup>

De igual forma, la escritora *Susana Sommer* estima “que una décima parte de las parejas pueden padecer infertilidad en alguna etapa de su vida; muchas veces la dificultad de procrear tiene origen en un procedimiento médico que resultó ser iatrogénico, es decir, con efectos no deseables”<sup>2</sup>

Desde la especialidad médica, el *Dr. Roberto Federico Nicholson* asevera en igual sentido: “Definimos como estéril el matrimonio que luego de un año de mantener relaciones sexuales con una frecuencia adecuada – y sin medidas anticonceptivas- no ha conseguido el embarazo”.<sup>3</sup>

“Se emplea el término esterilidad o infertilidad indistintamente para referirse a la incapacidad para reproducirse, aunque esto no es exacto. Desde el punto de vista médico cabe diferenciar el concepto esterilidad, que indica imposibilidad de efectuarse la fecundación, e implica que esta alteración es irreversible, el de infertilidad, que expresa la imposibilidad de tener hijos vivos, siendo posible la fecundación y, por lo tanto, el desarrollo del embrión o feto (equivale a esterilidad relativa)”<sup>4</sup>.

De los anteriores conceptos se puede definir a la esterilidad como la incapacidad o disfunción fisiológica del hombre y/o la mujer para reproducirse, después de mantener relaciones sexuales de forma constante durante un año sin protección anticonceptiva.

---

<sup>1</sup> Vega Gutierrez, María Luisa, Vega Gutiérrez, Javier y Martínez Baza, Pelegrín, *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea, Legislación y Aspecto Bioéticos*, Universidad de Valladolid, 1993. p. 27

<sup>2</sup> Sommer, Susana, citada por Dolores Loyarte – Adriana E. Rotonda, *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995, p.85.

<sup>3</sup> Nicholson, Roberto F., ¿Cómo plantear el estudio y el tratamiento del matrimonio estéril?, en “Ginecología y Reproducción”, año 1, volumen 1, Fundación Edgardo Nicholson, 1988, p.4.

<sup>4</sup> Vega Gutiérrez, ob cit., p.27.

La mayoría de las sociedades humanas liga esta incapacidad o disfunción de forma exclusiva a las mujeres, atribución que se realiza en general a través de razonamientos culturales, de la supremacía política y masculina; no obstante esta idea se ha ido dejando de lado a raíz de los descubrimientos científicos sobre la reproducción humana, mismos que han descartado la inexactitud de atribuir la esterilidad siempre a las mujeres; además el retraso en el estudio y conocimientos de las esterilidades masculinas contrasta con un mayor conocimiento e investigación de las femeninas, con la aparición de la obstetricia y la ginecología.

El concepto de esterilidad es manejado habitualmente con datos estadísticos, considerando a una pareja infértil después de un cierto tiempo intentando tener hijos, sin lograrlo. Lo anterior, basado en la probabilidad acumulativa de concepción en una población normal de parejas con relaciones sexuales sin anticonceptivos. Así, en 12 meses la probabilidad de concepción es de un 80% a un 90%. Sin embargo es importante tomar en cuenta algunos aspectos entre los cuales destacan hábitos sexuales, la información sexual, la voluntad de tener o no hijos; de este último caso una pareja que no quiera tener hijos puede entrar a formar parte de las estadísticas de la infertilidad. Además que influyen otros factores de tipo económico, moral, higiénico médico, laboral, ambientales, así como las diferentes culturas o clases sociales.

Las discusiones sobre la esterilidad se realizan en el sentido de intentar determinar el marco jurídico y moral de los tratamientos contra ésta; para un sector de especialistas en medicina la esterilidad no es una enfermedad, por lo que no tendría justificación los tratamientos médicos terapéuticos para combatirla o eliminarla; mientras para otros sí se trata de una enfermedad, lo que justificaría su tratamiento y el dedicar una parte de recursos sanitarios a su cuidado; asimismo, hay posturas intermedias que consideran la esterilidad como una especie de minusvalía o como una disfunción.

El argumento de la esterilidad con relación a las técnicas de reproducción asistida se relaciona en dos sentidos: que éstas sean indudablemente el remedio más racional (social e individualmente) y que el remedio de la esterilidad sea el fin por excelencia para su utilización.

## 1.2. SIGNIFICADO PSICO- SOCIAL DE LA ESTERILIDAD

Los estudios psicológicos sobre la esterilidad coinciden en señalar el sentimiento de culpa y sufrimiento como elementos importantes en las personas que se consideran estériles, lo anterior aunado con la necesidad de expiración de la misma, frente a lo cual las nuevas tecnologías reproductivas actuarían beneficiando a las parejas, hombres o mujeres estériles.

Los autores *Videla y Savransky y Sas* sostienen “que la esterilidad de la pareja, potencia sexual y función genésica se equiparan. El hombre siente la esterilidad, por lo tanto, como un signo revelador de su impotencia. Necesita del hijo para demostrar a los demás y así mismo, la vigencia biológica de su virilidad”.<sup>5</sup>

“La equiparación de lo viril con lo genésico, hace que el hombre estéril sufra en nuestra sociedad una intensa ansiedad. Es frecuente que su infertilidad vaya acompañada de cuadros depresivos, impotencia laboral, bloqueo afectivo y otros síntomas. Estas reacciones conflictivas no sólo afectan al varón, sino también a su esposa, quien suele ocultar a la familia la responsabilidad del esposo o en algunos casos agredirlo intensamente”.<sup>6</sup>

Sin embargo, no se puede de dejar de observar que “por lo general se deposita la responsabilidad generativa en la mujer y que en muchos lugares se le considera, además, la única responsable del fracaso; esto contribuye a reforzar las fantasías

---

<sup>5</sup> Videla, Mirta, Savransky, Ricardo y Sas, Mario, *Esterilidad de la Pareja*, Ed. Bs. As. Trieb, 1984, p. 131-133.

<sup>6</sup> Soto Lamadrid, Miguel Angel, *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 8.

del hombre, que queda así víctima de la trampa que la misma cultura le tiende, ya que esta imputación fantasiosa e inexacta sobre la disfunción procreacional, le lleva a evadir los exámenes exploratorios y los tratamientos que le servirían precisamente para obtener la paternidad que tanto desea”.<sup>7</sup>

Existe la posibilidad que la mujer sea quien sufre más a causa de esterilidad. En opinión de *Farrer Meschan*, “la desesperación de la mujer corrobora la máxima, tan vieja como la humanidad, que relaciona la autoestima de una mujer con su capacidad de procrear. Ser estéril significa no realizarse como ser humano. Ser como una rama seca que no da frutos; la ansiedad de la mujer fluctúa con periodos de depresión, especialmente marcados en el comienzo de cada ciclo sexual, lo que significa que otro mes ha pasado sin haber realizado su objetivo, como secuela puede quedar una permanente depresión”.<sup>8</sup>

En la religión católica se califica a la esterilidad como sanción o castigo por algún mal comportamiento y es que ser estéril aparece como estigma degenerativo para muchos y también, desde la antigüedad, como un castigo divino por los pecados cometidos.

El rol de la paternidad y maternidad en nuestra sociedad tiene una gran importancia, ya que no tan solo significa concebir a un hijo, sino además atender a su formación para convertirlo en un ser social, transmitiéndole el código de conducta que habrá de gobernar su vida.

Admiten, sin embargo, que “la pulsión de generar una nueva vida, que por cierto no es sólo aspiración de reproducción física, sino la de plasmar una criatura humana, puede frustrarse por deficiencias biológicas que impidan la procreación. Cuando esto ocurre, los padres buscarán entonces el apoyo científico para

---

<sup>7</sup> Videla, Savransky, Sas, ob. cit., p. 32-33.

<sup>8</sup> Farrer Meschan, R., *Importancia del asesoramiento matrimonial en la investigación de la infertilidad*, en “*Sinapsis Obstétrico- Ginecológica*”, Bs. As. 1979, tomo 25, número 4.

superar la dificultad y enfrentarán por distintos caminos la esterilidad, hasta alcanzar la gestación querida. Esta labor posiblemente no se detenga –aunque la ley quiera ignorarla- mientras el deseo de formar un nuevo ser se encuentre unido a la existencia de un vínculo biológico<sup>9</sup>:

Cuando la pareja que lleva una vida sexual normal recurre a las técnicas de reproducción asistida, está subsanando una carencia funcional que le impide lograr la procreación mediante el acto sexual. Por lo tanto, no está excluyendo premeditadamente ese acto de amor que debe ser la procreación, ni tampoco la importancia de formar una familia para criar, proteger y educar a los hijos.

La esterilidad en nuestra sociedad se puede comprobar cómo el sufrimiento y estigmatización que contiene un componente psíquico individual, pero también un componente social. Precisamente, algunas de las mejores defensas de la necesidad de un tratamiento de la esterilidad ponen el acento en este componente social: “la presión social”, como uno de los elementos del sufrimiento de las personas estériles.

### **1.3 LA ESTERILIDAD EN LA PAREJA HETEROSEXUAL. PROBLEMÁTICA**

La sociedad contemporánea sufre de una serie de factores que han influido en la esterilidad en la especie humana, entre los que en listan el abuso del alcohol, tabaco, drogas, el estrés de la vida moderna, los matrimonios tardíos, los antecedentes de abortos y enfermedades venéreas, además del uso de métodos anticonceptivos, efectos que han provocado el descenso de la fecundidad que beneficia a ciertos países y para otros acaba convirtiéndose en un gran problema.

---

<sup>9</sup> Grosman, Cecilia P.- Martínez Alcorta, Irene, *La Filiación Matrimonial*, Trivium, 1986 D924.

El fenómeno de esterilidad afecta a un alto porcentaje de parejas, para el autor *Robert Clarke* “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 familia. No es más que la reunión de dos seres, de dos soledades, en una vida donde falta cruelmente lo esencial”.<sup>10</sup>

Los autores *Videla, Savransky* y *Sas* mencionan que “la esterilidad es una entidad única, constituye un obstáculo que se opone al deseo consciente, de dos personas, de crear juntos a otro ser humano, implantando en su vínculo afectivo”, lo anterior no fácil de reconciliar, ya que se mezclan las tres áreas de la conducta humana: la biológica, psicológica y social.

Asimismo, los mismos escritores indican que “cualquiera que sea la interacción entre estos factores, cuando la imposibilidad de procrear sucede en el vínculo de los dos, será una esterilidad vincular, esta se manifiesta para quienes aún se resisten a considerarla de esta forma, en todos aquellos casos en que el hombre y la mujer van alternando orgánicamente la dificultad. Por el contrario, si las parejas que comparten los síntomas establecen una especie de pacto o alianza de esterilidad; el embarazo y el hijo no son el objetivo inconsciente de esta alianza y, muchas veces, la forma de la atención médica contribuye a reforzarla”<sup>11</sup>

La esterilidad es percibida socialmente como una quiebra existencial, como un obstáculo para la proyección individual y de pareja conyugal, al tiempo que tener hijos se convierte en una obsesión y deviene casi en un deber, como símbolo de la perennidad de la especie, de la identidad sexual y de integridad individual e integración social.

Es importante destacar que no tan sólo es hecho de engendrar un hijo, sino formar una familia donde al futuro bebé se le transmitan actitudes y valores propios de los

---

<sup>10</sup> Clarke, Robert, *Los hijos de la ciencia*, Ed. Bs Emecé, 1986 p.37.

<sup>11</sup> Videla, Savransky y Sas, ob. cit., p.135.

padres. Asimismo, lo manifiesta el autor *Miguel Ángel Soto*, "todo ser humano lleva en su esencia el afán de trascender, de marcar su paso por el mundo, de vencer de alguna manera a la muerte. Este afán se logra, íntegramente, a través de los hijos. Por eso la procreación humana no constituye un simple acto de reproducción instintiva, como ocurre en los animales, sino la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y a través de ella prolongar la nuestra. Además, agrega que la tendencia a lograr la inmortalidad transmitiéndonos a nuestros hijos, obedece al mismo impulso por el que se han creado todas las grandes obras de la humanidad, sólo que ésta con el hombre común, suponiendo su capacidad genética y voluntad procreacional.

En materia de esterilidad generalmente se parte de un esquema estático y muchas veces tan estereotipado que pocos pueden lograr movilizar sus contenidos. Esto sucede entre quienes ven a la esterilidad como un problema netamente orgánico o exclusivamente psicológico, discriminando entre responsabilidad femenina y masculina.

Finalmente, la posición representada por parejas estériles en espera de un remedio frente a individuos desequilibrados, como parejas homosexuales o mujeres solas, que pretenden instrumentar una hipotética descendencia, no es sostenible. Pero aún así el argumento de la esterilidad, al tiempo que como legitimador de las técnicas de reproducción asistida, también deberá de funcionar como límite para las mismas.

#### **1.4.CAUSAS DE LA ESTERILIDAD HUMANA.**

La esterilidad desde un punto de vista clínico es más un síntoma que una enfermedad. Puede ser causada por enfermedades, malformaciones, así como por causas psicológicas.



En los aspectos de nuestra cultura vinculados a la formación de la familia y en general a la generación biológica de la descendencia, interactúan diversos factores, entre los cuales se destacan la creciente inserción de la mujer en los ámbitos de la vida pública, laboral y de poder, que con lleva a la celebración del matrimonio o a la decisión de la vida de pareja cada vez más tardíamente, y consecuentemente se retrasa la voluntad procreativa. Se posterga claramente y en especial en la población con nivel económico o intelectual, hasta ver con mayor claridad el proyecto social de realización personal; sin embargo el transcurso del tiempo determina etapas biológicas inexorables y el precio de la postergación de la paternidad, y más especialmente de la maternidad, puede tornarse ciertamente en la imposibilidad natural de procrear.

En opinión del especialista en infertilidad *Dr. Roberto Nicholson*, "desde los 25 años, los gametos de ambos sexos han comenzado un proceso de envejecimiento progresivo. Esto se da más en la mujer con un escalón que parece acentuarse a los 35 años, en donde además de aumentar el porcentaje de esterilidad se incrementa también el número de abortos, que alcanza al 35%. Y otro peldaño a los 40 años, en el que los abortos llegan al 50%".<sup>12</sup>

El crecimiento de la esterilidad puede atribuirse a diversas causas que determinan el desenvolvimiento de la vida en esta civilización post-industrial: "Diversas son las razones que pueden justificar el incremento de matrimonios o de parejas estériles en los países desarrollados. Entre las más importantes podríamos señalar: a) el stress a que están sometidos los individuos por las condiciones de vida en los países industrializados; b) el aumento indiscutible de enfermedades de transmisión sexual; c) los efectos secundarios de algunos anticonceptivos en boga; d) las complicaciones surgidas tras la práctica de abortos provocados; e) la tendencia actual de muchas parejas a retrasar la llegada del primer embarazo, lo que supone una merma en sus posibilidades de reproducción".<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Nicholson, ob. cit., p.4..

<sup>13</sup> Usándizaga, José Antonio, *Los Problemas de la esterilidad conyugal humana y su solución con la fecundación in vitro*, Marino Barbero Santos Editor, Madrid 1989. p.63.

La autora *Dolores Loyarte* en su libro *Procreación Humana Artificial*, indica que la creciente medicalización de la reproducción y de la maternidad en general, ámbitos profundamente femeninos hasta la irrupción de los avances técnicos que nos ocupan, han permitido una nueva centralización de poder principalmente masculino. Estas circunstancias se ven acompañadas por un marcado descuido de las consecuencias físicas y psicológicas que operan sobre muchas de las mujeres que aceptan afrontar las técnicas de reproducción asistida, y una creciente entronización de los avances científicos y los grupos que ejercen su control.

En este sentido *Susana Sommer*, señala "que las técnicas de procreación refuerzan la perspectiva que el rol primario de las mujeres es tener niños/as. Sólo se es mujer cuando se ha tenido descendencia. Esto contribuye a reforzar los estereotipos y a que las mujeres permanezcan socialmente subordinadas, pues su valor radicaría en la biología y no en su habilidad"

El interés médico por la investigación de las causas, la prevención y los paliativos de la esterilidad ha cedido lugar a los nuevos estudios tendientes a perfeccionar las modernas técnicas de procreación médicamente asistida. Es decir, que se ha desplazado el verdadero centro de la inquietud científica que era la curación de la esterilidad. En todas las sociedades se encuentra una invariable voluntad de disfrazar la esterilidad, sobre todo la esterilidad masculina, que según los psicoanalistas es la más difícil de asumir. En verdad, las apuestas son de dos órdenes: por una parte, la imposición de lo biológico sobre el parentesco, a lo que hay que agregar la capacidad que se atribuye a la ciencia de permitir la transmisión de la vida depurada de enfermedades hereditaria, por otra parte, el secreto acerca de la esterilidad, que las técnicas médicas permiten mantener cerrado en la relación privada de la pareja y jugar con la ficción de una filiación por la gracia de la naturaleza.

Las tratadistas *Dolores Loyarte* y *Adriana E. Rotonda* clasifican las causas de la esterilidad humana en las siguientes:

#### 1.4.1. CAUSAS FEMENINAS

##### 1. Causas ováricas.

- a) Ausencia de gónada: sea ésta congénita (aganesia ovárica) o adquirida (por extirpación quirúrgica, tumores, inflamaciones).
- b) Anomalías de la ovulación: síndrome de los ovarios poliquísticos. Insuficiencia ovárica primaria: disgenesia gonadal pura, síndrome de Turner, síndrome de insensibilidad ovárica a las gonadotropinas, síndrome de menopausia precroz. Insuficiencia ovárica secundaria: por alteraciones del eje hipotálamo-hipofisario, pudiendo incluirse entre sus causas factores psicógenos, motivados en contracepción oral o factores desconocidos.
- c) Alteraciones en la fase lútea: síndrome de folículo luteinizado no roto, deficiencia de la fase lútea: debida a la producción de niveles bajos de progesterona y creando consecuentemente un estado inapropiado en la mucosa uterina, o por ser un período la fase lútea demasiado breve.
- d) Endometriosis.
- e) La llamada "tendencia letal del óvulo": en esta patología el óvulo es expulsado, pero al arribar a las trompas de Falopio parece habiendo sido fecundado o no.

##### 2. Causas tubáricas.

La principal causa de esterilidad tubárica es la obstrucción, menos frecuentes son las debidas a un trastorno funcional tubárico, sea de tipo secretario o por alteración de su motilidad. Todas estas causas son originadas por existir a nivel

de las trompas un proceso inflamatorio, ya sea de índole infecciosa (tuberculosis, gonococia, clamidia trachomatis) o no (endometriosis-generalmente localizada en ovarios y otras estructuras pélvicas-, produciendo adherencias, bridas postquirúrgicas)".

### 3. Causas uterinas

- a) Por lesiones del endometrio: ya sean de tipo orgánico, o funcionales, vinculadas estas últimas a trastornos ováricos.
- b) Por falta de permeabilidad: congénita, vinculada generalmente con otras anomalías del tracto reproductor; o adquirida: sinequias uterinas, legrados endometriales o postabortos, inyección intrauterina de cáusticos, entre otras.
- c) Por factor mecánico: pólipos, miomas por alteraciones de la mucosa endometrial y vascularización, neoplasias.

### 4. Causas Cervicales.

- a) Alteraciones congénitas: vinculadas con anomalías del cuerpo uterino o vagina: atresia, cuello doble, etc.
- b) Posiciones anormales: útero en retroposición o prolapso uterino, circunstancia que entorpece la inseminación adecuada.
- c) Alteraciones morfológicas o en las dimensiones del cuello; en este aspecto es sumamente importante la disfuncionalidad hormonal a la cual se relacionan estas anomalías.
- d) Miomas y pólipos cervicales.
- e) Cervicitis.
- f) Lesiones traumáticas: sinequias, cauterizaciones profundas, amputaciones, etc.
- g) Alteraciones funcionales: principalmente en el moco cervical por trastornos hormonales o infecciones.

### 5. Causas vaginales.

Debidas a malformaciones congénitas, vaginitis intensa, entre otras,

#### 6. Causas psíquicas

Estos factores pueden actuar en todo el tracto genital inhibiendo, por ejemplo, la ovulación en forma directa en el ovario, o produciendo alteraciones en la motilidad de las trompas por espasmos tubáricos también presentes en el cuello del útero, o produciendo espasmos de vulva o vagina, lo que podría impedir el coito.

### 1.4.2 CAUSAS MASCULINAS.

#### 1. A nivel testicular

- a. Alteraciones congénitas por inexistencia de espermatozoides por anomalías cromosómicas.
- b. Ausencia de espermatozoides por destrucción (debida a factores exógenos) o por inmadurez: debida a endocrinopatías, alteraciones en la nutrición, irradiaciones, drogas alteraciones en la vascularización: varicocele, cambios de temperatura significativos y persistentes.

2. Anomalías en las vías excretoras: obstrucciones a nivel del conducto deferente o epidídimo, pueden ser ellas congénitas, infecciosas, traumáticas o por la presencia de quistes.

3. Alteraciones de las glándulas accesorias: Infecciones localizadas en la próstata, o en las vesículas seminales, o por problemas hormonales que causen alteraciones en el líquido seminal, obstaculizándose la motilidad de los espermatozoides.

4. Anomalías diversas en la eyaculación o en la inseminación: Eyaculación precoz, desviada y retrógrada. Las alteraciones en la inseminación pueden deberse a causas orgánicas: malformaciones externas de los genitales; a

trastornos neurológicos; o a enfermedades generales (nefropatías o hepatopatías graves, entre otras), o bien de origen psicógeno. Sin duda la ingesta de alcohol abusiva y el trabajo excesivo pueden producir alteraciones de este orden.

5. Defectos estructurales o morfológicos de los espermatozoides: Tanto en la baja o nula cantidad en el eyaculado –azzospermia: ausencia total de espermatozoides-, como por su baja movilidad –astenospermia-, o necrospermia. La existencia de espermatozoides de formas anormales en porcentajes altos se denomina teratospermia.

### **1.4.3 FACTORES COMUNES A AMBOS SEXOS, EN CUANTO A LA ESTERILIDAD.**

El factor inmunológico puede presentarse en el cualquiera de los miembros de la pareja. Puede deberse a incompatibilidad en el sistema sanguíneo de los cónyuges, o en otros casos a reacciones, en distintos niveles celulares del cuerpo femenino debidos a la presencia del semen que es reconocido por anticuerpos de la mujer como un elemento extraño. Estos factores aún se hallan en el plano de estudio, puesto que se desconoce en la actualidad el papel exacto que desempeñan los problemas inmunológicos en la esterilidad.

La esterilidad sin causas aparentes o inexplicables en el ámbito médico se designa a los casos en que los exámenes practicados a la pareja son, desde el punto de vista reproductor normales. Obviamente, al descubrirse nuevas causas de infertilidad van disminuyendo porcentualmente las parejas afectadas por estas causas.

Además, existen otras serie de factores que indirectamente pueden afectar la capacidad reproductiva del ser humano como son: las enfermedades graves, obesidad o adelgazamiento extremos, alteraciones de las glándulas suprarrenales,

la inadecuada asistencia sanitaria, entre otras que aún son discutidas como causas de infertilidad: drogas, medicamentos, desnutrición y pobreza, etc. La dinámica del problema de la esterilidad ha permitido que salga a la luz el conjunto de factores y enfermedades que contribuyen a generar esterilidad y cuya incidencia tendría que explicar el incremento.

En países donde las tasas de natalidad resultan más bajas- países escandinavos entre otros-, fue donde más tempranamente se desarrollaron los estudios y prácticas más avanzadas sobre reproducción asistida, extendiéndose luego por toda Europa, Estados Unidos de Norteamérica, Australia y Canadá. Sin embargo, en la actualidad dichas técnicas están difundidas en prácticamente todos los estados occidentales, aún en los países con poblaciones jóvenes y altas tasas de natalidad.

## **1.5. EL TRATAMIENTO DE LA ESTERILIDAD Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA.**

Los tratamientos y diagnóstico de la infertilidad a los que se someten las parejas intenta descubrir si la infertilidad es debida a factores masculinos o femeninos, además existen otros elementos más allá de la pareja como los sociales, económicos, culturales o políticos que reciben la misma consideración que en la generalidad de los tratamientos médicos, los cuales son ignorados o reducidos a síntomas.

Los problemas existentes para encauzar debidamente determinados tratamientos en casos específicos de esterilidad, incluso las dificultades para asegurar un buen provenir a los denominados casos de esterilidad sin causa aparente, han conducido a tratar de solucionar los problemas de esterilidad con los llamados métodos de fecundación asistida, que comprenden desde las distintas posibilidades de inseminación artificial hasta la fecundación in vitro.

En nuestra sociedad están presentes toda una serie de representaciones e ideas sobre la esterilidad. "En todas ellas la esterilidad se presenta como fuertemente negativizada: bien como asociada a la desviación y al pecado, bien como estigma individual o social, o bien como carencia. Se ha visto cómo la visión de la esterilidad asociada a la desviación tiende a perder fuerza, desde el momento en que su administración se va trasladando del ámbito mágico y religioso para el ámbito médico, en el cual las disfunciones y enfermedades se desprenden de ese carácter".<sup>14</sup>

Los aspectos relacionados con la medicina y con el nivel de atención sanitaria a la población también tienen su importancia. La incidencia de la medicina en la esterilidad ya no se limita a los avances que se puedan realizar en el tratamiento de la misma; sino también en la propia extensión o reducción de la esterilidad. En primera instancia, por la utilidad que las medidas de prevención y la medicina preventiva pueden tener en este ámbito, pero también por la incidencia que determinados tratamientos o prácticas médicas pueden influir tanto en el incremento como la reducción de la esterilidad. En este contexto, el autor Carlos *Lema Anón* señala "existen tratamientos médicos que pueden en ciertos casos provocar la esterilidad como efecto secundario: inflamaciones pélvicas causadas por dispositivos intrauterinos, efectos secundarios causados por determinados tratamientos hormonales, aborto (sobre todos los realizados en malas condiciones), cesáreas, medicamentos, tratamientos de quimioterapias o con radiaciones"

La esterilidad no puede ser contemplada como un dato de hecho frente al que hay que actuar en cada paciente, sino como una enfermedad ante la cual el médico ha de actuar sin más cuestiones. Sobre todo desde el momento en que todo problema se plantea en algunas ocasiones fuera ya del marco individualista, esto puede parecer obvio, pero lo cierto es que no tenerlo en cuenta está en el origen

---

<sup>14</sup> Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1999. p. 169.



de muchas de las argumentaciones alrededor de la esterilidad y las técnicas de reproducción asistida.

Los progresos médicos en la protección de la salud y de la higiene han influido notablemente en la reducción de muchos factores patológicos generadores de esterilidad. La posibilidad de tratamiento y prevención de enfermedades de transmisión sexual y de atención médica durante el embarazo y parto son algunos de ellos.

La importancia de la prevención es destacada en el documento de estudio sobre las técnicas de reproducción asistida de la *Organización Mundial de la Salud*: “ el tratamiento de la infertilidad no debe ser disociado de la necesidad de prevención de las causas de esterilidad relacionadas con infecciones, del control de la fertilidad mediante la contracepción y de la investigación de la infertilidad”.

La prevención de la esterilidad y de sus causas habría de ser considerada como la mejor alterativa y desde luego como un primer paso, por oposición a enfocar unilateralmente la cuestión en la utilización de tratamientos a posteriori mucho más caros y de éxito incierto.

### **1.5.1 DERECHO A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD**

El derecho a procrear es un derecho derivado de varios derechos fundamentales: derecho a la vida, a la integridad y a la libertad. Este derecho encuentra su justificación en el derecho a la libre regulación de la vida privada, en función del derecho al desarrollo de la personalidad, por lo que el interés por tener hijos se encontraría tutelado por el ordenamiento jurídico. El derecho a procrear no está ligado a la familia, sino con la persona. Esta determinación es importante porque, si se deriva el derecho a procrear del derecho a la libertad personal, toda mujer podría ser usuaria de las técnicas de reproducción.

En los Estados Unidos de Norteamérica se reconoce el derecho a procrear como derecho fundamental. La Corte Suprema de Justicia de ese país ha indicado que “si el derecho a la intimidad quiere decir algo, significa el derecho del individuo a tomar decisiones sobre sustentar o engendrar una criatura”. De igual manera, señala que la libertad de elección personal en asuntos de matrimonio y vida familiar es una de las libertades protegidas por la Enmienda 14 de la Constitución de los Estados Unidos.

En ese país existe un derecho constitucional que protege los derechos individuales a la procreación y a la crianza de los hijos, fundamentando en el derecho a la intimidad y a la vida privada. La mayoría de la doctrina americana entiende que este derecho a la procreación comprende tanto los medios naturales como los alternativos de reproducción.

El tratadista *Santosuosso*, señala “en Italia, la doctrina tradicional entiende que con el matrimonio la libertad sexual se transforma en el llamamiento *ius in corpus* y que en este derecho se halla comprendido el derecho a la procreación, precisando que el objeto del consentimiento matrimonial no es directamente el derecho a la prole, sino el derecho a los actos que, por su naturaleza, están ordenados a este fin”.<sup>15</sup>

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 10 de diciembre de 1948, en su artículo 16.1 establece:

“Los hombres y mujeres a partir de la edad núbil tiene derecho sin restricción alguna por motivo de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia, disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”.

---

<sup>15</sup> Santosuosso, F. La fecundación humana artificial, Dott A. Giuffré, Millán, 1984, p21, autor citado por Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile 1993. p. 39.

En el *Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos* de 16 de diciembre de 1966, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976, se señala en su artículo 23, apartado 2º:

“Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.

En el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 16 de diciembre de 1966 en su artículo 10, se habla de los derechos de la familia sin aludir expresamente a la procreación.

Del análisis de los tres artículos citados anteriormente podemos concluir que en estas declaraciones no existe una referencia específica al derecho a procrear. Se establece el derecho a fundar una familia en el que se comprende implícitamente, pero no de forma obligatoria o imprescindible la función de procrear de forma natural o a través de las técnicas de reproducción asistida.

La autora *Maricruz Gómez de la Torre*, indica “que en cuanto al significado de la procreación humana, hay que resaltar que se trata de un hecho que está condicionado a procesos de la naturaleza humana y no sometido del todo a la libertad humana. Por más, que el ser humano sea libre para tener relaciones sexuales, muchas veces por problemas físicos, psíquicos o de incompatibilidad no podrá engendrar un hijo. Por lo tanto, la sexualidad debe ser entendida como una expresión de la personalidad humana y, por esto, de la libertad de la persona; desligada de la función procreativa aunque ésta sea su efecto más importante.”<sup>16</sup>

El derecho del ser humano y en especial de la mujer no es un derecho absoluto, que pueda exigir su cumplimiento al margen de cualquier consideración social, o sin tomar en cuenta el bienestar y protección del niño que va a nacer, así como de la familia.

---

<sup>16</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile 1993 p 41.

En la *Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida* del 22 de Noviembre de 1988 de España en su exposición de motivos capítulo III señala que: “el respeto a los derechos de la mujer a fundar su propia familia, en los términos que establecen los acuerdos y pactos internacionales garantes de la igualdad de la mujer, la Ley debe eliminar cualquier límite que socave su voluntad de procrear y constituir la forma de familia que considere libre y responsablemente”. En nuestro país no existe un derecho a la procreación por parte de la mujer, sin embargo existe un derecho al libre ejercicio de la sexualidad y en este ejercicio concreto cabe o no la posibilidad de procrear descendencia con la finalidad de fundar una familia.

Un aspecto de trascendencia es el derecho del hijo a venir al mundo con las mayores garantías posibles, en el seno de una familia constituida por un padre y una madre, ya que el menor representa la parte débil e inocente que debe de gozar de una protección adecuada, y no tomar en cuenta tan solo el derecho del ser humano a la procreación.

### 1.5.2 ACCESO A LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN

El *Informe Warnock* ha recomendado que sea requisito para tener acceso a estas técnicas el padecer infertilidad y formar pareja heterosexual, sea ésta conyugal o estable, rechazando la utilización de las técnicas de reproducción asistida por parte de la mujer sola y la maternidad subrogada.<sup>17</sup>

Por su parte, el *Informe del Comité de Expertos en el progreso de las Ciencias Biológicas* ( Committee of Experts on progress in Biomedical Sciences) -CAHBI- del Consejo de Europa, ha propuesto a los gobiernos europeos restringir el uso de

---

<sup>17</sup> Departamento de Sanidad y Seguridad Social del Reino Unido. Informe del Comité de investigación de la fertilidad humana y embriología. Comité presidido por Mary Warnock, de ahí que el mismo se conozca como “Informe Warnock” Imprenta de su majestad la Reina Lourdes, Julio 1984.

las técnicas de procreación artificial a las parejas heterosexuales que padecen esterilidad. Señala en el Principio 1, regla 3ª, que:

“Las técnicas de procreación artificial humana pueden ser empleadas a favor de la pareja heterosexual cuando las condiciones existentes puedan asegurar el bienestar del niño” y especialmente en estos tres casos:

1. Cuando los otros medios de tratamiento de la infertilidad no han tenido éxito o no resultan apropiados para el caso concreto.
2. Cuando existe el riesgo seguro de transmitir al hijo una grave enfermedad hereditaria, y
3. Cuando exista el riesgo de que el hijo sufra una enfermedad que provoque su muerte precoz o una incapacidad grave”.

De lo anterior, se desprende que dicho Informe rechaza la maternidad subrogada y la utilización de estas técnicas en la mujer sola.

En España, el *“Informe de la comisión especial de estudio de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas”* del Congreso de los Diputados en España, puntualizó en su dictamen que desde una perspectiva médica esta clasificación entre métodos terapéuticos y alternativos de reproducción no tiene cabida. Asimismo, señala que si bien estas técnicas de fecundación asistida no cura la esterilidad; si restituyen el objetivo humano que la esterilidad niega, la procreación y continuidad de la especie, además de restablecer el equilibrio psicofísico frecuentemente alterado por quienes la padecen. Añade el Informe, que aun siendo la esterilidad humana el campo más importante de la utilización de estas técnicas, existen otras posibles actuaciones que la complementan y deben reglamentarse (como la investigación básica de carácter positivo o la investigación aplicada con carácter de diagnóstico) y que al estar introducidas en nuestra sociedad sin que existan argumentos que invaliden su validez terapéutica, deben autorizarse para aquellos fines.

De igual forma, dicha Comisión autoriza a la mujer sola sea estéril o no, a recurrir a la fecundación asistida. Se establece la diferencia de que la primera podrá hacerlo con cargo a la sanidad pública, mientras la no estéril tendrá que asumir los gastos pertinentes.<sup>18</sup>

La ley española de 22 noviembre de 1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, acepta la fecundación *in vitro* como método alternativo de reproducción, basado en el derecho a procrear que tiene toda mujer (artículos 1 y 6 de la citada Ley).

La finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es terapéutica, preventiva y de eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, y no así constituir un medio alternativo de reproducción para mujeres solas o homosexuales.

De igual forma, se debe limitar el acceso a este tipo de tratamientos a las parejas heterosexuales, y utilizarse como último recurso médico y siempre pensando en el bienestar del menor que vendrá al mundo. En este sentido, las técnicas de reproducción asistida surgieron para remediar la esterilidad, y por lo tanto su uso habrá de limitarse a la prevención de la misma, es decir al aspecto terapéutico, pero además otros objetivos de importancia serían la investigación de carácter positivo.

---

<sup>18</sup> "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación *in vitro* e inseminación artificial humanas" Comisión presidida por el Dr. Marcelo Palacios, de ahí que se conozca dicho informe como "Informe Palacios", aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en Sesión de 10 de abril de 1986, Madrid, pp 67 y 75.

## CAPITULO SEGUNDO

### ASPECTOS GENERALES DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

#### 2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.

En la concepción del ser humano es común que el padre y madre engendren al hijo mediante coito o cópula, no obstante, las diferentes técnicas reproducción asistida permiten la concepción humana sin cópula; procedimientos a los cuales recurren numerosas parejas frente a la imposibilidad de lograr naturalmente la fecundación.

Tenemos como antecedente en la historia de la reproducción artificial la obtenida con diversas especies animales que probablemente se ha realizado desde la antigüedad. “La primera inseminación artificial documentada data del siglo XIV, cuando un árabe obtuvo en secreto semen de un caballo enemigo y fecundó a su yegua. En 1600, *Malpighi* y *Babierna* trataron de fecundar sin éxito los huevos de un gusano de seda”<sup>19</sup>.

En 1725 *Jacopi* y luego *Weitheim* parece que obtuvieron la fecundación de los huevos de salmón y de la trucha.

Las técnicas de reproducción asistida fueron “descritas científicamente en 1780 por el italiano *Lázaro Spallanzani*, que hizo experimentos con perros logrando que nacieran cachorros completamente normales”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*. Ed. Porrúa, México 1992, p.34.

<sup>20</sup> Göran Ewertof, *Swedish legislation artificial insemination, en II Congreso Mundial Vasco. La filiación a finales del siglo XX*. Ed, Tivium, Madrid 1987, pag.65

El Instituto de Fisiología de la Inseminación de Moscú, ha puesto en práctica desde 1900, la técnica de inseminación en ovejas, ganado y caballos, la cual se ha desplazada rápidamente a diversos países como Estados Unidos de Norteamérica, Francia y Suecia.

La procreación humana no es un simple acto de reproducción instintiva, sino la oportunidad de trascender a través de los hijos y permanencia de la especie. La idea de generar una nueva vida puede verse limitada por deficiencias fisiológicas o biológicas que impidan la procreación, por lo que los padres buscan el apoyo científico para superar la esterilidad, hasta alcanzar la gestación requerida. La comunidad científica ha tratado de dar respuesta a la necesidad humana de procreación por medio de técnicas de reproducción asistida.

En "el año 1785 *Thouret* logró fecundar a una mujer estéril, mediante la inyección intravaginal del líquido seminal recogido en una jeringuilla de estaño. En 1866 el ginecólogo *Marion Sims*, obtuvo un sólo logro sobre 55 intentos inyectando directamente el espermatozoides en el útero".<sup>21</sup>

La primera inseminación artificial en seres humanos fue realizada por "el cirujano inglés *John Hunter* entre los años 1790 y 1799. Esta fue una inseminación homóloga pues utilizó el semen del esposo de la mujer inseminada. Ciertamente este hecho ha sido puesto en cuestión, pero existe información concreta de que un niño nació en 1834 por este método".<sup>22</sup>

En 1884 *William Pancoast*, logró exitosamente la primera inseminación artificial de tipo heteróloga documentada en Filadelfia. Esta se llevó a cabo en secreto para proteger tanto al médico como al paciente. Desde entonces, el nuevo método fecundante se ha ido difundiendo lentamente, superando el restringido ambiente pionerístico.

---

<sup>21</sup> Diccionario Enciclopédico de Teología Moral. Tercera Edición. Ed. Paulinas Madrid, España 1978, p.414.

<sup>22</sup> Göran Ewerlöf, ob cit. 2



La inseminación artificial experimentó un importante impulso por la vía de la congelación de semen. En 1886 *Montegazzo*, sugirió que se utilizará bancos de semen congelado. "Los primeros avances significativos en el ser humano se producen en 1949, pero será 1953 cuando en las experiencias de *Bunge y Sherman* se producen tres embarazos con semen humano. Esta posibilidad de almacenamiento permitirá generalizar la utilización de semen de donantes, al tiempo que se crean bancos para su conservación".<sup>23</sup>

A partir de 1971 *Steptone y Edwards*, concibieron la idea de "un tratamiento hormonal destinado a estimular el crecimiento de los folículos ováricos y desde 1978 empezaron a conseguir fecundaciones de forma sistemática. En Julio de ese mismo año, después de once años consiguen sus objetivos con el nacimiento de Luise Brown, la primera bebé probeta".<sup>24</sup>

Por su parte, la iglesia católica censura toda forma de reproducción humana realizada a través de procedimientos artificiales, permitiendo únicamente estos cuando sirvan tan sólo para lograr la cristalización de la maternidad, cuando sea producto de los gametos de una pareja unida en matrimonio sin aceptar la ayuda de un donador, bien sea hombre o mujer, ni la inseminación con cualquier otro fin ya sea comercial o científico; y no está en contra de estos métodos tan solo por que sean artificiales sino porque van en contra de la dignidad y el respeto humano, ya que técnicas como la fecundación in vitro pueden llevar a manipulaciones genéticas o biológicas, como puede ser la experimentación de la fecundación entre gametos humanos y animales, la gestación de embriones en úteros de animales o a la construcción de úteros para embriones humanos.

---

<sup>23</sup> Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1999. p.32

<sup>24</sup> Idem. p.33

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

## 2.2 CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

En la actualidad, la ciencia permite a las parejas infértiles emplear el recurso de la reproducción asistida, técnicas que consistentes en facilitar el encuentro de los componentes genéticos, permiten lograr la fecundación y reproducción de la especie humana.

El autor *Efraín Pérez Peña*, define a la reproducción asistida como “el empleo de tecnología altamente especializada que constituye o complementa al contacto sexual para que la fertilización ocurra”.<sup>25</sup>

De lo anterior, se puede definir a la reproducción asistida como la técnica que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la reproducción mediante cópula o coito normal entre una pareja, la cual consiste en introducir a través de procedimientos artificiales el gameto masculino (espermatozoide) en el gameto femenino (óvulo) con el propósito de la procreación.

Algunos de los objetivos de la reproducción asistida son, permitir el acceso al campo de la fertilidad, conjugar los gametos humanos para lograr la concepción a través de la fecundación en forma interna o externa y finalmente asegurar y perfeccionar las técnicas de procreación para satisfacer la necesidad de las parejas estériles, quienes además buscan complementar el núcleo básico de la sociedad, es decir la familia. Asimismo, sus finalidades pueden consentirse lícitas,

---

<sup>25</sup> Pérez Peña, Efraín, *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Ciencias y Cultura Latinoamericana, México 1995, p. 644

toda vez que satisfacen la necesidad de procreación; sin embargo la costumbre, la moral, el marco jurídico y social no dan pleno consentimiento a las técnicas de reproducción asistida, por ello es de importancia crear una reglamentación que regule y limite su ejercicio para proteger la vida y las relaciones paterno-filiales.

La mencionada reproducción tiene indicaciones específicas, no está indicada para todos los casos de esterilidad, ni constituye la solución a todos los problemas de esta índole, sin embargo permite embarazos en casos previamente considerados desahuciados y sus indicaciones y aceptación son cada vez mayores; lo que ha logrado que su utilización sea con mayor frecuencia recurrida por parejas estériles.

Si bien es cierto que se recurre a estas alternativas médicas para satisfacer un deseo legítimo de experimentar la paternidad y la maternidad, también lo es que no estando regulado por la ley y tratándose de una serie de derechos y obligaciones, no existirá quien pretendiera evadirlos logrando en estado de indefensión al ser procreado.

Las parejas estériles, deben de estar plenamente informadas de todos los aspectos que involucra la reproducción asistida para decidir de forma libre y consiente al momento de emplear este tipo de tecnología médica o recurrir a alternativas distintas como la adopción o vivir sin hijos.

### **2.3 CLASIFICACIÓN DE LAS DIFERENTES TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

Existen diferentes técnicas que son utilizadas en los programas de reproducción asistida, como alternativa en el manejo de las parejas estériles que no hayan logrado un embarazo tras la aplicación de tratamientos convencionales, tendientes a la corrección de los factores de esterilidad.

Hay que señalar que existen diferentes tipos de técnicas de reproducción artificial, las cuales habitualmente son tratadas como parte de un mismo problema y al mismo nivel. Sin embargo, el tratamiento conjunto de todas las técnicas oculta diferencias importantes y relevantes desde el punto de vista médico, jurídico y social.

En nuestro país no ha sido la excepción para la introducción de las modernas técnicas de procreación. En la actualidad, es común que existan instituciones que prestan el servicio profesional de la reproducción humana, con procedimientos artificiales, permitidos por no estar expresamente prohibido en la ley, tener acceso al uso de estas nuevas formas, sin lugar a duda resuelven problemas de las parejas carentes de hijos.

### 2.3.1 INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La inseminación artificial trata específicamente el depósito del semen en el aparato reproductor femenino, con el propósito de obtener una fecundación exitosa.

El autor *Chávez Asencio*, distingue a la inseminación artificial de la fecundación artificial, haciendo la siguiente aclaración "Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación, fecundación es la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo".<sup>26</sup>

Para el tratadista *Nicolás Pérez Serrano*, la inseminación artificial es "todo mecanismo consistente en procurar que se establezca el contacto entre el

---

<sup>26</sup> Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*. Ed. Porrúa, México 1992, p.25

elemento activo fecundante del varón y el óvulo de la mujer pero los procedimientos pueden ser entre los cónyuges o utilizando material ajeno”<sup>27</sup>

Para el autor *Carlos Lema Añón*, significa “el depósito de semen (fuera del marco de una relación sexual) realizada por parte de un especialista (médico ginecólogo) en los genitales internos de una mujer. Con esto se pretende que algunos espermatozoides lleguen a entrar en contacto con el óvulo, para que la fertilización, si se produce, ocurra en el lugar y de la forma habitual”.<sup>28</sup> Al introducir a los espermatozoides en el canal vagina, útero o las trompas de falopio, según sea la técnica de reproducción asistida utilizada, el proceso natural se completa en forma normal.

Desde un punto de vista puramente biológico, la inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, por lo que la ausencia de conjunción carnal no le priva de carácter sexuado.

Esta técnica, permite conseguir el embarazo en aquellos casos en los que el semen no reúne todas las condiciones necesarias para la fertilización del óvulo. De igual forma, se utiliza cuando el varón padece alguna enfermedad que imposibilita que se deposite adecuadamente el semen en la vagina. Para llevar a cabo lo anterior es necesario obtener el eyaculado de los espermatozoides, una vez disueltos en una pequeña cantidad en un medio apropiado que les proporciona vitalidad, se seleccionan y se colocan mediante una fina cánula, en el inferior del útero, en el canal del cérvix o incluso en la vagina, justo en el momento en que se detecta la ovulación.

La distinción de los diferentes tipos de inseminación es esencialmente técnicos, debido a que atiende a la preparación del semen, al lugar en el que se deposite, o la técnica utilizada. De este modo, según la preparación del semen puede tratarse

---

<sup>27</sup> Pérez Serrano, Nicolás, *Eutelegenesia y Derecho España*, separata de la revista del Foro Canario Publicaciones Iltre, Colegio de Abogados de las Palmas, España 1955, p.16

<sup>28</sup> Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1999. p.35

de inseminación artificial con semen fresco o con semen congelado; puede ser completo o fraccionado; puede ser como es eyaculado o capacitado. Según el lugar de los genitales femeninos donde sea depositado, se habla principalmente de inseminación artificial vaginal, intrauterina, endocervical y exocervical.

La inseminación artificial se divide en dos tipos, que son la homóloga y la heteróloga.

El autor *Javier Gafo*, señala que "hay dos tipos fundamentales de inseminación artificial, que con frecuencia son llamadas homóloga y heteróloga. En el primer caso, el semen procede del marido (o también del varón que vive establemente), mientras el segundo, proviene de un donante distinto del marido y generalmente es anónimo. Esta terminología nos parece incorrecta, ya que en otros temas biomédicos, el concepto de heterólogo se refiere a los que acontece entre diversas especies (ejemplo los habituales trasplantes de corazón son homólogos, mientras que el famoso trasplante de corazón de mandril realizado en 1984 a la llamada 'Baby Fae' era heterólogo. Consiguientemente, tanto la inseminación artificial con semen del marido, como la realizada con semen de donante son homólogas, mientras que sería heteróloga el intento de hibridación entre nuestra especie y el chimpancé.

Por esta razón, parece más correcto hablar de IAC -inseminación artificial-cónyuge- cuando el semen proviene del cónyuge o compañero (AIH, *artificial Insemination Husband*) y de IAD -inseminación artificial-donante- cuando el semen procede de una persona ajena a la pareja (AID, *artificial Insemination Donor*)"<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Gafo, Javier *¿Hacia un mundo feliz? Problemas éticos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Sociedad de Educación Atenas, 1987, p. 29.

Sin embargo, la terminología que se ha impuesto en la doctrina se ha tomado como punto de referencia el donante, es decir, si es el marido, el concubinario o es anónimo, no la especie animal.

La inseminación artificial puede ser homóloga o heteróloga, sin embargo dependerá del sitio donde se deposite el semen como puede ser intravaginal, intracervical, intrauterina, intraperitoneal o intratubárica. Con la inseminación intrauterina se obtiene la mejor tasa de concepciones, una vez lograda la fecundación el desarrollo de la gestación se estima normal, presentando los mismos riesgos o vicisitudes que un embarazo obtenido a través de un coito natural.

Este tipo de técnica de reproducción asistida, debería ser utilizada cuando malformaciones o defectos funcionales impiden totalmente la producción de gametos en ambos miembros de la pareja y que se han intentado ya los métodos quirúrgicos y farmacológicos sin ningún resultado positivo.

### **2.3.1.1 INSEMINACIÓN HOMÓLOGA**

La inseminación artificial homóloga es aquella donde se utiliza el semen de la pareja, la cual consiste en realizar una monitorización del ciclo menstrual, mediante determinaciones hormonales y ecografías, hasta determinar el momento esperado de la ovulación y así tratar de lograr la fecundación.

Las discusiones sobre la inseminación artificial con espermatozoides del marido, indican una creciente aceptación de este método, no obstante, la preocupación básica es que el hijo sea fruto del amor, sin embargo no parece que se vea amenazada en modo alguno por la modificación biológica del proceso de inseminación. La anterior preocupación del método de obtener semen, que parece subyacente en las objeciones de Pío XII ya no es considerado obstáculo serio por la mayor parte de los moralistas. "Si el semen procede del marido y los cónyuges viven en

matrimonio en un clima de amor y del niño que nace como fruto de la inseminación artificial. Los pastores deben sentirse libres al aconsejar al matrimonio sin hijos, que recurran a este método en su deseo de llegar a ser padres y realizar su misión pro creativa".<sup>30</sup>

Para este tipo de inseminación artificial, médicamente se recomienda que no se realice cuando exista incompatibilidad de Rh., así como sufrir una enfermedad hereditaria, contagiosa o crónica degenerativa o contradicción para un embarazo por razones psiquiátricas.

La inseminación artificial con el semen de la pareja, a mi parecer no ofrece dificultades para la admisión de esta figura, ni sus consecuencias resultan problemáticas, ya que el hijo queda vinculado, en la naturaleza y en la ley, a progenitores que están casados entre sí o viviendo en concubinato. No existe dificultad alguna de acoger dentro de la presunción iuris tantum al hijo que, por hipótesis ha sido concebido por la mujer a la que se practicó la inseminación, siempre que el hijo nazca dentro del matrimonio o concubinato o antes de que transcurran los trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

### **2.3.1.2. INSEMINACIÓN HETERÓLOGA**

Como un antecedente de la inseminación artificial con elemento masculino extraño, puede señalar el levirato judío que señala "cuando dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere, sin dejar hijos, la mujer del muerto no será para un extranjero. Su cuñado entrará en ella y la tomara por su mujer y cumplirá con ella el deber de cuñado, y el primogénito que dará a luz tomará el nombre de su hermano difunto para que su nombre no sea borrado de Israel" (Deuteronomio 25:5-7).

---

<sup>30</sup> La Sexualidad Humana. Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico. Ediciones Cristianidad. Madrid España, 1978, p.160.



Asimismo, cuando se trata de elemento extraño femenino, encontramos un antecedente en el Código de Hammurabi donde se preveía que en el caso del hombre cuya esposa fuere estéril, podía engendrar por medio de una de sus siervas (párrafo 144 S.).

La inseminación artificial heteróloga es aquella en donde se utiliza el semen de un donador (semen congelado en banco) y se utiliza cuando el varón sufre alguna enfermedad que no permita una concepción de los gametos humanos.

Este tipo de técnica emplea el mismo procedimiento que la anterior, con la salvedad que el semen fecundante proviene de un tercero o donante sano, debido a que el esposo es estéril. El embrión es implantado en la esposa, después de realizar la monitorización del ciclo menstrual, mediante determinaciones hormonales y ecografías, hasta determinar el momento esperado de la ovulación. Una alternativa en este método es el caso en el cual el espermatozoides es donado por el esposo pero el óvulo proviene de un donante.

Algunos especialistas, discuten sobre la conveniencia del proceso de congelación de los espermatozoides "mientras algunos sostienen que se obtienen mejores resultados con espermatozoides frescos, otros propugnan que es mejor el espermatozoides congelado y por esto han surgido (1953) los llamados bancos de semen (U.S.A., Japón, Francia, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Australia), dirigidos por personal altamente calificado; los bancos de espermatozoides están dotados de contenedores cilíndricos llenos de azoe líquido que aseguran una temperatura constante de 186 grados bajo cero. En estos contenedores se conserva el espermatozoides de los donantes, recogido apenas se ha suministrado e integrado con antibióticos o clara de huevo. Una u otra solución sirven para preservarlo de eventuales daños de congelación, puesto que la bajísima temperatura del contenedor puede alterar morfológicamente los espermatozoides haciéndolos incapaces para la fecundación" <sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Diccionario Enciclopédico de Teología Moral, p. 1370

En la actualidad con los avances de la ciencia, se puede evitar el coito con un hombre o una mujer extraña y lograr la inseminación, buscando la concepción de un nuevo ser humano. Para lograr el éxito en este tipo de fecundación deberá de existir indiscutiblemente el acuerdo de ambos cónyuges, debiendo existir una relación de amor y plena confianza.

La *American Society for the Study of Sterility* ha afirmado: "La inseminación con donante anónimo proporciona al marido la oportunidad de compartir con su mujer los problemas de la gestación y del parto".

La iglesia católica considera a ésta técnica inmoral y contraria a la dignidad de los esposos, a la vocación propia de los padres y al derecho de los hijos a ser concebidos y traídos al mundo en el matrimonio, sin embargo, existen parejas que han sido capaces de superar estos obstáculos y han tenido hijos recurriendo a la inseminación artificial heteróloga, con el resultado de que su vida personal y conyugal se han visto enormemente fortalecida y enriquecida.

El *Doctor Milton Nakamura*, de la Universidad de San Pablo en Brasil, explicó que "la inseminación artificial humana en ese país, no afronta trabas legales. La religión católica no la acepta, la protestante sí. En el aspecto social se realizó una encuesta entre médicos y pacientes, verificándose que el 99% aceptaba la inseminación homóloga -agregando que- nos sorprendió particularmente que un 43% aceptara la inseminación artificial por medio de un dador, precisando que en el Japón, a parte de la inseminación artificial con aporte del esposo o de un dador anónimo, también se realiza con semen del cuñado o del suegro de la receptora".<sup>32</sup>

En este tipo de inseminación artificial donde se utiliza semen de un extraño de ninguna forma se puede asociar con el adulterio, ya que ni el Código Civil ni el Penal se considera adulterio la concepción artificial. Ciertamente podría implicar

---

<sup>32</sup>autor citado por Soto Lamadrid, Miguel A. *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1990 p.28

una conducta ilícita por parte de la mujer que se hace fecundar sin consentimiento del marido u ocultando el hecho, lo que provocaría la actualización de la hipótesis comprendida en la fracción XX del artículo 267 del Código Civil vigente.

Algunos de los obstáculos para efectuar ésta inseminación podrían ser la falta de consentimiento de alguno de los miembros de la pareja o el que se trate de una mujer soltera o homosexual.

La inseminación con donante crece, debido a la esterilidad humana y por mucho que resulte contraria a la moral y a las buenas costumbres, el fenómeno no puede seguir sin ser regulado por el derecho; pues involucra directamente sobre el núcleo de la sociedad, es decir, la familia y las cuestiones de filiación.

### **2.3.2. PERFUCIÓN ESPERMÁTICA A OVIDUCTOS**

Es un procedimiento creado por el Dr. Kahn, en Noruega, que resulto ingenioso, poco invasivo y con buenos resultados.

El procedimiento de ésta técnica se realiza inseminando un mayor volumen de medio de cultivo con espermatozoides previamente tratados para que lleguen a las fimbrias, es decir una estructura en forma de fleco, en especial en los extremos colaterales de los tubos uterinos, oviductos, lo anterior por vía transcervical, para ello se efectúa una hiperestimulación ovárica controlada (HOC) para aumentar la posibilidad de unión espontánea entre óvulo y espermatozoide.

### 2.3.3. FECUNDACIÓN IN VITRO

"En 1978 en Inglaterra nace la primera niña, Luisa Brown, concebida fuera de del útero de madre, fecundado el óvulo de ella con espermatozoides de su esposo y produciendo la concepción in vitro, para luego reimplantar el óvulo fecundado en el seno materno para los nueve meses de gestación. En 1979, en Glasgow, Escocia, nació el primer varón concebido en probeta que fue bautizado como Elaister Montgomery." <sup>33</sup>

Para el autor *Efraín Pérez Peña*, la fecundación in vitro "es la unión de espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo humano y trasladado del huevo a huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior" <sup>34</sup>

"La fecundación in vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en la parte superior de las trompas de falopio, cuando obstáculos insuperables impiden que este fenómeno se realice *intra corpore*". <sup>35</sup>

Detalla *Gafo*, que "la tecnología de la FIV se desarrolla fundamentalmente en tres pasos: a) la obtención del óvulo u óvulos, estrayéndolos de la cavidad abdominal (propiamente hablando se trata de ovocitos próximos a su maduración); b) la fecundación in vitro propiamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación, incluyendo las primeras divisiones celulares, y c) la transferencia del embrión de pocas horas, al interior

---

<sup>33</sup> Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Ed. Porrúa México 1992 p.35

<sup>34</sup> Pérez Peña, Efraín, *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Ciencias y Cultura Latinoamericana, México 1995 p.649

<sup>35</sup> Soto Lamadrid, Miguel A. *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990 p. 33

del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe del desarrollo embrionario".<sup>36</sup>

Esta técnica de reproducción asistida es lógicamente mucho más compleja y costosa que la inseminación artificial.

Desde el nacimiento del bebé probeta en julio de 1978, este procedimiento se ha perfeccionado y actualmente se utiliza prácticamente en todo el mundo, dado que su utilización se ha generado múltiples conocimientos prácticos.

"En efecto, si la fecundación in vitro no fuera ilícita en sí misma, cómo evitar por ejemplo que se lucre con ella ya sea proveyendo óvulos o semen, o simplemente vientres para la gestación. ¿Cómo evitar asimismo que con el correr del tiempo se pueda generar la vida en probeta y reemplazar el habitáculo natural del feto por algún nuevo invento del hombre?. Son tan repugnantes las suposiciones que hemos y más las podíamos hacer, que no podemos sino convencernos de la necesidad de incriminar ab initio la conducta de la fecundación extracorporal"<sup>37</sup>

El Informe Parlamentario Español, elaborado por la Comisión presidida por Marcelo Palacios y presentado al Congreso de los Diputados en abril de 1986, sostiene que el 40% de las esterilidades podrían ser tratadas mediante la fecundación in vitro y el 20% mediante la inseminación artificial.

Las anteriores cifras estadísticas demuestran la gravedad del problema de la esterilidad humana y de la importancia de éste tipo de técnica de reproducción asistida. Sin embargo, es de importancia destacar que éste tipo de técnicas sólo deberían ser empleadas como el último recurso médico ya que aumenta el riesgo de polispermia, es decir, que el ovocito sea fecundado por más de un espermatozoide.

---

<sup>36</sup> Gafo, Javier *¿Hacia un mundo feliz? Problemas éticos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Sociedad de educación Atenas, Madrid 1987 p. 32,36,37 y 86

<sup>37</sup> Dr. Carlos A.R. Logamarsino. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo IV, Apéndice, p.270

### 2.3.3.1 FECUNDACIÓN IN VITRO CON GAMETOS PROVENIENTES DE LA PAREJA.

La mencionada técnica de reproducción asistida es un intento de mejorar los resultados de la fecundación in vitro y después de experimentar con primates en 1984, "un grupo de investigadores propusieron una nueva alternativa en el tratamiento de la esterilidad en mujeres que contaran con al menos una trompa de falopio en buen estado, ya que el procedimiento consiste en colocar por la laparoscopia espermatozoides y ovocitos en la poción ampular de un oviducto para que ahí se realice la fertilización".<sup>38</sup>

Esta técnica, fue ideada por el médico argentino Ricardo Ash, y que consiste en "captar los óvulos de la mujer a través de laparoscopia y, al mismo tiempo, el espermatozoides del marido. En la misma operación se coloca a ambos gametos en una cánula especial, debidamente preparados, y se los introduce en cada una de las trompas de falopio, lugar donde se produce naturalmente la fertilización. Si todo transcurre normalmente, los espermatozoides penetran en uno o más óvulos formándose el embrión. Éste descenderá dentro de las trompas hacia el útero, de forma tal que la concepción se producirá íntegramente en el cuerpo de la mujer"<sup>39</sup>

Esta técnica se ha empleado también para caso de oligospermia o endometriosis, pero su principal inconveniente es la imposibilidad de constatar que realmente se ha producido la fecundación.

---

<sup>38</sup> Italo Tozzini, Roberto. Esterilidad e infertilidades Humanas. Ed. Panamericana, Bogotá 1989 p.263

<sup>39</sup> Soto Lamadrid, Miguel A. *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990 p.30

### 2.3.3.2. FECUNDACIÓN IN VITRO CON DONACIÓN DE GAMETOS

El procedimiento de ésta técnica se refiere a que una vez obtenidos los gametos de ambos padres (espermatozoides y ovocitos) y conseguida la fecundación de los embriones, éstos se transfieren a la trompa de falopio, normalmente por vía intrauterina. Se pretende de este modo garantizar que realmente la ovulación tiene lugar, al mismo tiempo que se intenta reproducir el proceso natural de la implantación.

Esta donación de gametos "a favor de otra mujer implicará, para donante, el sufrimiento de todas las molestias y complicaciones propias de la fecundación in vitro, es decir, deberá someterse a tratamientos y exámenes necesarios hasta llegar a la función de los folículos".<sup>40</sup>

La donación de gametos femeninos tiene las mismas implicaciones éticas que la donación de masculinos, que se utiliza desde hace años. Si esta técnica no se había utilizado, por lo difícil que resulta la obtención de ovocitos y de sincronizar a la donadora y receptora.

La selección de un donante es de gran importancia para la obtención de un buen resultado en la procreación es necesario que se encuentren en una edad fértil de entre los 18 y 35 años de edad, un estado de salud físico y emocional. También es menester señalar que es difícil resguardar el anonimato de la donante debido a la cercanía y sincronización que es necesaria entre la donante y la receptora.

La esterilidad en la mujer procede normalmente por ausencia completa de ovulación, por falta o atrofia de los ovarios, así como también por causas de naturaleza psicológica, en estos casos, puede recurrirse a la donación de óvulos; pero entonces la fecundación se realizará in vitro para garantizar el éxito del proceso de reproducción humana.

---

<sup>40</sup> Loyarte Dolores, Rotonda Advicente, *Procreación Humana Artificial, Un desafío Bioético*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995 p 129

Muchos de estos obstáculos pueden ser superados a través de la cirugía y tratamientos farmacológicos, particularmente los hormonales, pero en los casos de esterilidad profunda o absoluta, no curable médica o quirúrgicamente; las opciones se reducen en gran proporción.

### **2.3.3.3. FECUNDACIÓN IN VITRO CON DONACIÓN DE EMBRIÓN**

En la actualidad, aun no se ha perfeccionado un método eficaz para preservar o mantener en estado óptimo los ovocitos, por lo que la solución fue el donar el huevo fecundado en vivo, extrayéndolo después de la cavidad uterina mediante lavado de la misma.

Este procedimiento consiste en la donación anónima de gametos (óvulos o esperma) por parte de personas humanas, mismos que son utilizados en centros de reproducción asistida para parejas que no dispongan de propios gametos, lo anterior a consecuencia de sufrir una menopausia precoz o alguna enfermedad terminal.

La donación generalmente procede de parejas que lograron el embarazo con la aplicación de alguna de las técnicas de reproducción asistida, los embriones resultantes son entregados, de forma anónima, para su uso en parejas donde ambos padezcan de esterilidad.

La técnica de transplantar embriones humanos de una mujer a otra, consiste en depositar el esperma del futuro padre, en el útero de la mujer que se ofrece para donar su óvulo y retirara éste, días después ya fecundado, con ayuda de una solución salina. Luego se traslada al útero de la receptora; éste procedimiento tiene la ventaja de que no requiere de intervención quirúrgica. Los expertos en embriología opinan que, si la técnica prospera, permitirá tener hijos a miles de matrimonios en los que la mujer es estéril.



La transferencia a la mujer del embrión o embriones fecundados con óvulos de una tercera y espermas de un tercero. El primer embarazo en estas circunstancias se produjo en 1983.

#### **2.3.4. PORTADORAS SUBROGADA**

La primera maternidad de sustitución también llamada "de alquiler" tuvo lugar en 1980 en Illinois, Estados Unidos de América. "En el año 1987, en que una mujer sudafricana da a luz tres hijos procedentes de óvulos de su hija fecundados in vitro, convirtiéndose así en madre abuela. Al año siguiente, se dan a conocer en los Estados Unidos varios casos en los que la mujer gestante es hermana de la que ha aportado los óvulos, y asimismo sale a la luz pública la existencia de una asociación de madres de sustitución."<sup>41</sup>

La maternidad subrogada es una técnica de reproducción asistida a través de la cual una mujer se compromete a llevar en su útero el producto de la concepción de ovocitos y espermatozoides de una pareja estéril y regresarlo a esta pareja inmediatamente después del parto.

La paciente con alguna especie de esterilidad en el útero pero con un adecuado funcionamiento de los ovarios es sometida a un proceso de producción de ovocitos en sincronía con el ciclo natural de la portadora subrogada con el propósito de colocar el óvulo fecundado en la matriz para su desarrollo del embrión.

La maternidad sustituta representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, de la fidelidad conyugal, y de la paternidad responsable, ofende la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado, traído al mundo y educado

---

<sup>41</sup> Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho* Ed. Trotta, Madrid 1999 p.34

por los propios padres; instaurada en detrimento de la familia, una división entre los elementos físicos, psicológicos y morales que la constituyen.

### 2.3.5. MICROMANIPULACIÓN DE GAMETOS Y EMBRIONES

En el año de 1984, "cuando nace Zoe Leyland en Melbourne tras las experiencias de Trounson y Mohr: se trataba del primer nacimiento procedente un embrión previamente congelado. Esto significaba el primer éxito en la crioconservación de embriones. Esta posibilidad venía siendo investigada en mamíferos desde 1952, y en 1972 el científico británico Whittingham ya había demostrado que se podía conseguir que continuase el desarrollo de embriones de ratón después de haberlos congelado".<sup>42</sup>

Tanto los gametos masculinos y los embriones pueden ser congelados en nitrógeno líquido, es decir, criopreservación, no obstante aún no puede emplearse con garantías en los ovocitos por el riesgo que se produzca una alteración cromosómica durante el proceso de congelación y descongelación.

Actualmente, sólo es posible la congelación de espermatozoides y no es posible hacerlo de forma generalizada con los óvulos, ya que una fina membrana que los recubre puede resultar dañada durante el proceso. Esa es la razón de que en tales casos se procede a la congelación no de los óvulos sino de cigotos, es decir, óvulos ya fecundados.

Lo cuestionable médica, éticamente y jurídicamente es la crioconservación de embriones supernumerarios, los cuales fueron fecundados in vitro pero no transferidos, permanecen congelados y con destino incierto.

A consecuencia de las técnicas de producción asistida se ha iniciado a manipular bajo el microscopio gametos femeninos y masculinos, así como huevos

---

<sup>42</sup> Lema Anón, Carlos, *Reproducción, Poder y Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1999 p.34

fecundados, lo anterior con la supuesta finalidad de diagnóstico y corrección de enfermedades genéticas, sin que hasta el momento se regule y limite éste tipo de procedimientos.

### **2.3.6. SUSTITUCIÓN NUCLEAR O CLONACIÓN**

En la clonación se realiza a través de una técnica llamada transferencia nuclear porque el núcleo –que contiene la información genética o ADN- de la célula de un adulto es introducido en un óvulo in vitro. Una vez que cambia la información genética, el óvulo continúa su desarrollo hasta convertirse en un embrión que luego es implantado en el útero materno donde el producto se desarrolla de manera natural pero con la información genética del donante, se trata de un procedimiento destinado a crear seres humanos idénticos entre sí, estaríamos en un caso de reproducción asexual.

Esta técnica, ha sido practicada en mamíferos superiores por primera vez con éxito en 1996 con la oveja Dolly, para lo cual se requirieron 267 embriones de oveja de los cuales 33 fueron implantados en úteros maternos, pero la mayoría tuvo problemas para desarrollarse, por lo que sólo uno pudo nacer.

A partir del nacimiento de Dolly, se han clonado diversos mamíferos como ratas, ratones, cerdos, conejos, gatos y becerros; pero la eficacia ha sido menor al uno por ciento. Con la becerro Penta, clonada en Brasil en julio de 2002, sólo se obtuvo un producto de entre 20 embriones implantados en el úteros maternos, mientras que con Pampa, clonada en Argentina en agosto de este mismo año, sólo se logró 1 entre 25 embriones.

Aunque hay poco ejemplares clonados en el mundo -menos de 20 animales vivos- la mayoría de los embriones clonados que se implantan en úteros maternos no se logra; pues sufren de diversas deficiencias moleculares y genéticas cuyas razones

aún se ignora, incluso en algunos casos existen malformaciones o deficiencias en su desarrollo. Asimismo, el científico Hugo Aréchiga, de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México, asegura "que desde la becerra Dolly se sabe que los clones nacen con la edad genética de su madre, es decir, la oveja fue concebida del ADN de otra oveja de 5 años, por lo que nació con esa edad genética, de ahí su envejecimiento prematuro"<sup>43</sup>

El científico *Francisco Bolívar Zapata*, del Instituto de Biotecnología de la Universidad Nacional Autónoma de México, indica que "la clonación reproductiva es un método poco eficiente, riesgoso y de alto costo, no tiene sentido y se debe legislar para que no sea posible en nuestro país". "Asimismo, expresó sus dudas sobre que se haya logrado la clonación humana, de la que los relanos no han ofrecido pruebas científicas y la tachó de absurdo".<sup>44</sup>

Las clonaciones en animales marcó el inicio de las especulaciones sobre la posibilidad de clonar seres humanos y actualmente la química *Boisselier*, en Hollywood, Florida, EUA, afirmó el pasado diciembre haber clonado por primera vez a un ser humano, Eve por Clonaid, copia genética de una norteamericana de 31 años que donó su ADN para el proyecto.

*Boisselier* dijo que es "muy importante ser conscientes de que estamos hablando de una bebé y cuando hablen de ella, no se haga como si se tratase de un monstruo, como si fuera el producto de unos resultados de algo repelente". "Agregó, que se espera que otros cuatro bebés nazcan en las próximas semanas, uno de América del Norte, otro de Europa y dos de Asia. Dos de las parejas están utilizando ADN de sus hijos muertos y la otra pareja es de lesbianas"<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/257420/> 31/12/02

<sup>44</sup> <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/257420/> 31/12/02

<sup>45</sup> <http://mx.news.yahoo.com/021227/8/pqnb.html> 30/12/02.

Los científicos dudan de la veracidad de las afirmaciones de la química, que de ser verdad, plantearían un debate ético y moral sobre un acontecimiento que marcaría un antes y un después en la reproducción de seres humanos.

Esta práctica no está permitida en varios países, aunque en Estados Unidos no hay una ley específica que lo prohíba, sin embargo en Gran Bretaña, Japón, Alemania e Israel ya lo han prohibido; por lo en nuestro país se debería de regular en el mismo sentido toda investigación y práctica que tenga como objetivo lograr la clonación humana con fines reproductivos.

La *UNESCO* condenó la clonación humana con fines reproductivos y pidió de la comunidad internacional adopte de urgencia un texto que la impida y que prohibida esta práctica.

La clonación en seres humanos podría obedecer a dos finalidades: reproductiva, es decir, crear una copia de un ser humano y la segunda sería clonar tejidos u órganos para utilizarlos por ejemplo en trasplantes.

## **2.4 LOS USUARIOS DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

El acceso a las técnicas de reproducción asistida se debe permitir solo a las parejas que este unidas en matrimonio o en concubinato.

La situación ideal para que nazca un niño es en una relación de pareja donde exista amor y respeto; sin que necesariamente exista la figura del matrimonio, toda vez que la dinámica experimentada por la sociedad ha producido cambios en las relaciones de pareja, ya no existe la íntima convicción de que sólo el matrimonio es la única unión entre el hombre y la mujer que ética, social y jurídicamente debe ser reconocida y protegida; sino que además se encuentra la opción del concubinato.

En España, se elabora un Informe sobre el "*Estudio especial de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas*" también se debatió acerca de si existe un derecho a la procreación y señaló que el ejercicio de este presunto derecho traía consigo la dificultad de conciliar supuestos derechos, el de la pareja o la mujer a tener descendencia y el de los hijos a venir al mundo con las mayores garantías posibles como parte más débil que ha de ser especialmente protegida. Sin embargo la Comisión especial de estudio de estas cuestiones en el congreso de los Diputados consideró que debía aceptarse como usuarias de estas técnicas a la mujer sola, fuera ésta estéril o no".

En el mismo Informe, se señala que la Constitución española dispone que la mujer sola o soltera puede ser madre, y si puede serlo por un derecho constitucional por vía y modos naturales, también podría serlo por un procedimiento no natural; línea de pensamiento que coincide con lo establecido por la Convención Europea de Derechos Humanos que contempla el derecho de la mujer a tener hijos, aunque éstos no tengan padre legal.

Hay que señalar que la psicología y pedagogía consideran como necesaria la presencia de la pareja –no es requisito fundamental que estén casados basta con que hagan vida en común– en la formación de la personalidad y en el proceso de adquisición de identidad sexual del hijo que va a permitir tomar un modelo de complementariedad del sexo contrario.

Se considera que para evitar problemas respecto de la valoración de la estabilidad de la pareja se debe solicitar un previo consentimiento del consorte de la pareja. Con este consentimiento pasaría a un segundo plano el problema de la estabilidad, ya que la experiencia y práctica forenses hacen dudar de las estabildades, incluso en el caso del matrimonio.

El consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que su compañera se someta a una de las técnicas de reproducción asistida será considerado como

escrito indubitado extendido ante el Centro o establecimiento autorizado, en que se refleje su voluntad a la fecundación con contribución de donante.

Señalar, que debe permitirse la utilización de estas técnicas a las parejas estables, pero debe asegurarse la determinación de la filiación de la criatura que nace producto de estas técnicas y el convencimiento de los integrantes de la pareja de querer ejercer la paternidad y maternidad en el hijo que nace producto de una técnica de reproducción asistida.

En España, el *Informe Palacios*, señaló que desde una perspectiva ética, se ha definido que la pareja estable debería ser el ámbito necesario en el que se realicen estas técnicas de procreación humana, no porque se haga una defensa a ultranza de la familia y del matrimonio; sino pensando en los hijos que van a nacer, que deberán ser engendrados en el sentido más amplio posible, es decir, en la pareja heterosexual estable.

La *Ley sobre Técnicas de Fecundación Asistida* de 1988 estableció “que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas regulada por la presente ley, siempre que haya presentado su consentimiento a la utilización de aquellas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar”.

El requisito con respecto a la edad de la mujer usuaria debería establecer con similitud a edad para adoptar que es de veinticinco años, para no privilegiar la fecundación asistida frente al vínculo adoptivo.

Lo fundamental es restringir el acceso a mujeres casadas o en concubinato y no así a mujeres solas, es decir, aquella que no tiene pareja estable de sexo masculino o que no convive manteniendo relación sexual con nadie. El Derecho no impide el tener hijos libremente, las mujeres solas pueden concebir hijos sin

padre, pero esto no justifica que el ordenamiento jurídico deba de reconocer a las instituciones médicas el deber de participar en la procreación de estos hijos.

La aplicación de la fecundación asistida en la mujer sola y en las parejas no convencionales (homosexuales) es un tema cuyo tratamiento, en los Informes y Propositiones de Ley estudiados en otros países europeos, presenta uniformidad en el sentido de existir un rechazo casi generalizado a autorizarla.



## CAPITULO TERCERO

### LA FILIACIÓN ANTE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

#### 3.1. CONCEPTO DE FILIACIÓN

El término filiación -del latín *filius*, que significa hijo- sintetiza el conjunto de relaciones jurídicas que determinadas por la paternidad y la maternidad, vinculan a los padres con los hijos dentro de la familia.<sup>46</sup>

Según *Planiol*, la filiación "puede definirse como la relación que existe entre dos personas, una de las cuales es el padre o la madre de la otra. Este hecho crea parentesco de primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados".<sup>47</sup>

El término filiación desde el punto de vista legal tiene dos acepciones: "una amplísima, que comprende el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes sin limitación de grado, es decir, entre personas que descienden las unas de las otras, y de esta manera puede hablarse de la filiación no solamente referida en línea ascendiente a los padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc; sino también en línea descendiente, para tomar como punto de relación a los hijos, nietos, bisnietos y tataranietos, etc. Además, de este sentido amplísimo, por filiación se entiende en una connotación estricta, la relación de derecho que existe entre el progenitor y el hijo. Por lo tanto, implica un conjunto de derechos y obligaciones que respectivamente se crean entre el padre y el hijo y que generalmente constituyen tanto en la filiación legítima como en la natural un estado jurídico".<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Zanon, Eduardo A., *Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981, Tomo II pág. 313.

<sup>47</sup> Planiol, *Tratado de Derecho Civil*, Editorial Cajica, México pag.101.

<sup>48</sup> Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Volumen II. 1998, pág. 265.

El *Código Civil vigente para el Distrito Federal* en su artículo 338 define a la filiación "como la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción o sujetarse a compromiso en árbitros"

Con lo anteriormente expuesto, se puede intentar definir un concepto de filiación: el vínculo jurídico recíproco que une a los hijos con los padres, fundado en el hecho biológico de la procreación o en una decisión de ley que produce efectos jurídicos, consistente en deberes, obligaciones y derechos familiares, que tienen trascendencia moral y patrimonial para la persona y la familia.

Para el autor *Manuel F. Chávez Asencio*, el concepto filiación es más amplio incluyendo la derivada de la procreación artificial además de la biológica y jurídica. La estructura respecto a esta institución jurídica es la siguiente:

#### I. Biológica.

##### 1) En matrimonio.

a) Natural.

b) Artificial (homóloga o heteróloga).

##### 2) Fuera del matrimonio.

a) Natural.

b) Artificial (homóloga o heteróloga).

#### II. Acto jurídico.

##### 1) Adopción.

##### 2) Artificial.

La anterior clasificación determina que la filiación paterno-filial puede darse en forma natural o en forma artificial; como bien lo indica: "Lo natural es consecuencia

del acto sexual realizado de manera normal entre los consortes o pareja alguna; y la forma artificial es cuando en el matrimonio se trata de la inseminación artificial con elementos de ambos consortes (homóloga, fecundación extracorpórea), incluyendo en esta forma la procreación con participación de tercera persona, diferente a alguno de los cónyuges (heteróloga).<sup>49</sup>

La primera forma es decir, la natural puede ser más comprensible si la analizamos dentro del marco jurídico mexicano, no así la segunda la artificial, en virtud de que no existe base detallada jurídica que regule estas técnicas de reproducción asistida; ni el Código Civil tampoco en la Ley General de Salud y tan sólo en el Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud en su capítulo IV hace referencia a los tipos de fertilización artificial.

Una de las formas de establecer la relación paterno-filial a través de la celebración de un acto jurídico es cuando se lleva a cabo la práctica de las técnicas de reproducción asistida, en donde interviene la ayuda o participación de una tercera persona aportando un gameto, mismos que son depositados en un banco donde existen múltiples donadores, para el efecto de llevar a cabo la procreación.

Tras las lagunas jurídicas que presenta nuestra legislación sobre las técnicas de reproducción asistida, la problemática se hace inminente, toda vez si existiera una controversia entre los que participaron en alguna de las técnicas de reproducción asistida; los jueces tendrían que resolver conforme a los Principios Generales del Derecho, sin que la resolución altere el orden público ni tampoco el interés social.

El maestro *Galindo Gárfias*, asegura que "Las nuevas formas de procreación han venido a modificar y desviar el proceso natural de la procreación", y más aún más,

---

<sup>49</sup>Chavéz Asencio, Manuel F., *La Familia en el Derecho. Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, Ed. Porrúa, México 1992. pág. 4

ha venido a generar un desequilibrio legal en la legislación, en virtud de que no existe disposición jurídica que regule las técnicas de reproducción asistida.<sup>50</sup>

### 3.2. LA FILIACIÓN COMO ESTADO JURÍDICO

El estado de filiación es definido como “el estado civil de la persona determinado por la situación que dentro de un familia, le asigna el haber sido engendrado en ella, o el estar en ella en virtud de la adopción o de otro hecho legalmente suficiente al efecto”.<sup>51</sup>

Por su parte, el autor *Rafael Rojas*, señala que “la filiación constituye un estado jurídico, en cambio la procreación, la concepción del ser, el embarazo y el nacimiento, son hechos jurídicos. El estado jurídico consiste en una situación permanente de la naturaleza o del hombre que el Derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones o sanciones que se están renovando continuamente, de tal manera que durante todo el tiempo en que se mantenga esa situación, se continuarán produciendo esas consecuencias”.<sup>52</sup>

La filiación es una relación jurídica entre el progenitor y el hijo, así con la familia paterna y materna, la cual se encuentra regulada por el Derecho originando una serie de derechos y obligaciones durante la vida de ambas personas. La concepción es la referencia que en el Derecho toma para la determinación de la maternidad y paternidad. Son padres quienes hubieran concebido al hijo.

---

<sup>50</sup> Galindo Gárfias, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*. 2ª edición, Editorial Porrúa; México 1994. Pág.641.

<sup>51</sup> Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid 1989, pág. 402.

<sup>52</sup> Rojas Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Volumen I. 1998, pág. 455.

Asimismo, con el nacimiento se inicia el estado jurídico de la filiación, que debe combinarse con el hecho jurídico del parto y la identificación del hijo.

La filiación está relacionada con el concepto jurídico de parentesco consanguíneo, que se establece respecto de las personas que descienden unas de las otras. Su fuente primordial es la familia. El estado jurídico de la filiación se inicia con el nacimiento, sin embargo es necesario que se combinen otros hechos como el trato, la fama y el uso del apellido paterno o materno.

Existen algunas relaciones jurídicas paterno-filial que no están jurídicamente declaradas, originándose así la filiación de hecho, que se basa en la posesión de estado de hijo, que sirve como elemento probatorio. La posesión de estado se acredita mediante el reconocimiento constante de hijo, además de otras circunstancias como el utilizar el apellido, la edad permitida del padre, etc.

La filiación de derecho se da cuando existe la prueba documental. Esta documental puede proceder del Registro Civil y consistente en el acta de nacimiento y la de matrimonio para la prueba de los hijos habidos de esta unión. En caso de no haber el acta de matrimonio se establece la presunción que señala el artículo 343 fracción I y II del Código Civil, que previene sobre la posesión de estado matrimonial.

Algunos hechos jurídicos están íntimamente relacionados con la filiación como lo señala *Chávez Ascencio*, "como hechos jurídicos relacionados con la filiación tenemos la concepción, la gestación y el nacimiento, que producen consecuencias de derecho al establecer la filiación que constituye un estado jurídico. Es decir, la filiación como estado jurídico, reconoce su relación y antecedente en los hechos jurídicos de la concepción, gestación y nacimiento, que son hechos biológicos que crean vínculos jurídicos".<sup>53</sup>

---

<sup>53</sup> Chávez, Ascencio, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, edición primera, Ed. Porrúa, México, 1987, pág. 21.

### **3.3. CAUSAS DETERMINANTES DE LA FILIACIÓN.**

En el derecho familiar se toma en cuenta la concepción del ser para determinar el momento inicial de la filiación.

El nacimiento es un hecho con gran trascendencia en el Derecho, es cuando se inicia la personalidad previamente reconocida al concebido, es cuando nacen las relaciones del parentesco, así como toda serie de derechos y obligaciones principalmente entre los que ejercen la patria potestad.

En nuestro sistema jurídico, la maternidad en un principio es siempre cierta; el padre es el marido o concubino de la madre, por lo que según nuestras normas, a cada hijo solo puede atribuirse un padre y una madre. Sin embargo, las diversas técnicas de reproducción asistida, nos cuestionan hechos y complican la institución de la filiación porque desarticulan los conceptos de maternidad y paternidad, no obstante lo anterior el derecho debe de regular y adecuarse a la realidad existente en la sociedad mexicana, a fin de poder proteger y amparar a los menores nacidos bajo este tipo de procedimientos.

La filiación natural o biológica puede ser matrimonial o extramatrimonial, dependiendo del momento del nacimiento del menor, esta circunstancia no tiene otro efecto jurídico que el traducir en la ley la realidad social para crear normas diferentes a fin de facilitar la determinación de la filiación. La filiación jurídica es la que se crea con la figura de la adopción y con las técnicas de reproducción asistida, ya que crean una relación jurídica de filiación por oposición al nexo biológico.

### 3.4. LA VOLUNTAD COMO FUENTE DEL VÍNCULO PATERNO-FILIAL

El autor *Díaz de Guijarro* en su Teoría sobre la voluntad procreacional menciona que "es la creación del vínculo paterno-filial basado en el consentimiento", es decir, la voluntad es la base de la relación jurídica familiar, la cual se exterioriza antes del hecho biológico, unión sexual, porque asume las consecuencias de derecho y la calidad de padre. Este autor resalta la importancia de la voluntad como fuente de filiación paterno-filial y agrega el concepto de "responsabilidad procreacional".<sup>54</sup>

El término de "voluntad procreacional" obliga a reflexionar sobre el peso psicológico que tiene la voluntad de asumir el vínculo filial y la necesidad de legislar sobre el tema de las técnicas de reproducción asistida, para dar estabilidad jurídica a la filiación resultante ya que ésta carece de vínculo genético.

El autor *Delgado Echeverría*, sostiene "que el derecho admite que la verdad biológica conocida, no siempre se traduce en una relación jurídica de filiación, dando preferencia a la convivencia o la voluntad en contrario del hijo y además, que un comportamiento voluntario mantenido durante cierto tiempo, bajo la forma de posesión de estado en las relaciones familiares, impide absolutamente a los que mantuvieron el comportamiento, lo mismo que a tercero, impugnar la filiación aunque no esté basado en la biología".<sup>55</sup>

La voluntad debe ser reconocida en el Derecho de Familia, como una entidad jurídica autónoma, capaz de constituir el vínculo paterno-filial aun en ausencia del elemento genético, porque las técnicas de reproducción asistida sólo tiene a la voluntad como punto de referencia; lo tal vez oportuno para otorgar una certeza

---

<sup>54</sup> Autor citado por Soto Lamadrid, Miguel A, *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed Astrea, Buenos Aires 1990, pág. 68.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

jurídica a las partes involucradas sería asegurar que la legislación resuelva sobre la base de la voluntad procreacional como deseo de asumir la maternidad o paternidad y sea reconocido como título suficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial.

El acto de decidir que el menor naciera y el deseo de asumir la responsabilidad efectiva y material de la filiación, puede ser más noble que muchos nacimientos productos de un proceso natural que no fueron deseados o como resultado de alguna violación sexual.

La voluntad procreacional implica asumir la paternidad de ese hijo, a pesar de la ausencia del nexo biológico, sin embargo los fenómenos metajurídicos, se dan en la realidad pero los únicos títulos reconocidos hasta ahora por nuestra legislación civil son por naturaleza o por adopción.

Con una regulación de la voluntad procreacional se otorgaría seguridad jurídica tanto al menor traído al mundo a través de aportación de material genético ajeno a sus padres putativos a la pareja deseosa de una formar una familia, así como a los centros autorizados para celebrar éstas técnicas y eventual donador.

### **3.5. PRINCIPIO DE LA VERDAD BIOLÓGICA**

La importancia de la institución de la filiación es el vínculo biológico, a través del cual una persona se identifica con sus ascendientes y descendientes. La verdad biológica es necesaria para conocer un aspecto de la identidad de la persona.

El vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el nexo de reproducción biológica y excepcionalmente en el vínculo consensual.



El factor que tiene importancia en nuestro actual ordenamiento si se considera padre al reconecedor de un hijo que sabe con seguridad que no es obra de su material genético, o al marido que no quiere impugnar la paternidad del hijo a él atribuido, no obstante estar seguro de su imposible procreación, es el elemento volitivo de forma consiente, delibera y activa debe de tener una trascendencia particular.

Debido a los avances científicos resulta más fácil y con mayor grado de certeza conocer al verdadero progenitor, como antecedente se encuentra la incompatibilidad sanguínea, la prueba negativa de la paternidad, y actualmente con la aplicación de un nuevo sistema denominado Complejo Mayor de Histocompatibilidad (HLA Human Lymphocyte Antigen), es ya posible afirmar de manera casi absoluta, con un grado de certidumbre de 99.99%, que una persona determinada es padre biológico de un menor.

En relación con el padre, se desprende de la supuesta exclusividad sexual entre la pareja, por lo que la fecundación de la mujer sólo podía imputarse a pareja. Sin embargo, contra esta presunción es admisible como prueba el de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso sexual con su mujer en los primeros 120 días, de los 300 que han precedido al nacimiento, así como que el hijo fue concebido por fecundación artificial de la mujer con autorización escrita de su pareja.

El principio de la verdad biológica contrasta con las técnicas de reproducción asistida y de que la paternidad legal del marido, de la madre inseminada con el consentimiento de aquél, unida a la negación de la posibilidad de reconocer o reclamar su paternidad al varón del cual es el semen, a quien tampoco podría imponérsele vínculo legal de paternidad respecto de sus descendientes genéticos.

Es de importancia reflexionar sobre el contraste entre la verdad biológica y la forma en que debe regularse las técnicas de reproducción asistida, decidiendo si la voluntad de los padres puede fundar relaciones de paternidad-filiación.

### 3.6. PATERNIDAD Y MATERNIDAD.

La concepción, gestación y nacimiento son hechos naturales del hombre que se toman en consideración por el Derecho ya que tienen relación con la paternidad y filiación, por lo que la procedencia de los hijos respecto de los padres es un hecho natural que puede verse tanto desde el punto de vista natural, como desde el jurídico.

La paternidad y la maternidad forman parte de la relación jurídica de la filiación, no son sinónimos pero dan referencia a lo sujetos entre los cuales se generan deberes, derechos y obligaciones.

Como bien lo señala *Federico Engels*, "los apelativos de padre, madre, hijo, no son simples títulos honoríficos, sino que, por el contrario, trae consigo serios deberes bien definidos y cuyo conjunto forma un parte esencial del régimen social de los pueblos."<sup>56</sup>

Existen algunos autores que solamente hacen referencia a la filiación o la paternidad, sin embargo, para *Federico Puig Peña*, "se trata de dos ideas que constituyen una relación lógica y necesaria, pues la una supone y lleva consigo la otra, ya que el padre supone al hijo y no puede existir hijo sin un padre. Son pues, los dos términos jurídicos de una misma relación. Los dos nombres de las puntas del eje paterno-filial; en una están los padres, y por ello se llama paternidad, y en la otra están los hijos y por eso se llama filiación. Pero éstos términos son

---

<sup>56</sup> Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Ed.8a. México. Quinto Sol 1985, pág.26.

correlativos y tienen ante el marco jurídico una parificación absoluta en sus consecuencias jurídicas”.<sup>57</sup>

### 3.6.1. CONCEPTO DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD

La paternidad significa en sentido estrictamente gramatical la calidad de padre; como maternidad significa calidad de madre. La filiación es la procedencia de los hijos respecto de los padres; significa una relación de origen que permite conocer quiénes son los descendientes de una persona determinada.

La paternidad es un hecho que no puede probarse en forma directa, sólo puede presumirse, por ello la ley contempla la presunción iuris tantum para determinar la paternidad en el matrimonio como para en el concubinato, lo anterior quiere decir que el marido o el concubinario es el padre del nacido por haberlo concebido.

Se parte del nacimiento para considerar hijos del matrimonio, o del concubinato, los nacidos dentro de la unión y los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio o del cese de la vida en común entre los concubinarios (artículos 324 y 383 del Código Civil) es decir, demostrada la filiación materna el Derecho presume la filiación paterna.

La maternidad es un hecho susceptible de prueba directa y los elementos para la filiación son el parto y la identidad. Por ello, en relación a la madre el parto es un hecho que permite conocer la filiación, bien dentro o fuera del matrimonio. El alumbramiento se puede constar como un hecho por prueba directa. Los romanos decían que *partus sequitur ventrem*, es decir, el parto sigue al vientre.

Pero además del parto es necesario, como segundo elemento, establecer la identidad del hijo. Es decir, determinar si el hijo que reclama la filiación es

---

<sup>57</sup> Puig Peña, Federico, *Tratado de derecho Civil Español*, Tomo II, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1971, pág.10.

realmente el que la mujer dio a luz, lo cual se puede acreditar mediante la posesión del estado de hijo.

### 3.6.2. PRESUNCIÓN DE PATERNIDAD Y PRESUNCIÓN DE LA MATERNIDAD.

Desde la antigüedad hasta nuestros tiempos la filiación materna ha presentado menor dificultad que la paterna, a esto hizo alusión Federico Engels, al señalar “en ninguna forma de familia por grupos puede saberse con certeza quien es el padre de la criatura, pero si sabe quien la madre, es claro que en todas las partes donde existía el matrimonio por grupos, la descendencia solo podría establecerse por la línea materna y por ello solo se reconoce la línea femenina. Por lo tanto, solo se puede dar con certeza el reconocimiento exclusivo de la filiación-maternal y las relaciones de herencia deducen el nombre del derecho materno”.<sup>58</sup>

Al implantarse la familia monogámica, surgió así la figura de la presunción paterna, para los efectos legales y la determinación de los que serían considerados como hijos de matrimonio, institución en que las parejas deberían guardarse respeto y fidelidad, ello permitió eliminar las formas antiguas, referidas a las relaciones sexuales promiscuas y estableció una nueva forma de vida, prevaleciendo ahora con mayor fuerza, la figura de la filiación paterna a través de la presunción en el matrimonio.

En nuestra actual legislación la filiación de matrimonio se establece en el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal que prevé lo siguiente:

“Se presumen hijos de cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro del matrimonio;

---

<sup>58</sup> Engels, Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Ed.8a. México. Quinto Sol 1985, pág.43.

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial".

La presunción se fundamenta en dos supuestos, que son la fidelidad de los cónyuges pero especialmente de la esposa, consistente en sólo tener relaciones sexuales con su esposo y la aptitud del esposo de concebir una nueva vida.

Respecto de la madre, hay que recordar que deben probarse el parto y la identidad del hijo, en cuanto al padre, deberá acreditarse la concepción y la identidad presunta del hijo mediante pruebas indirectas y presuncionales. La maternidad por ser un hecho biológico facilita la prueba directa es decir, el parto más la identificación puede establecer la prueba directa y plena que determina la filiación en relación con la madre. En cambio, en relación con la paternidad es difícil determinar quién es el padre del hijo concebido, por lo cual el Derecho establece una serie de presunciones para establecer ésta relación filial.

La base de la presunción se desprende de las relaciones sexuales dentro del matrimonio o concubinato, por lo que se deriva un hecho desconocido que es el relativo a quién engendró el hijo de la mujer que dio a luz señalando al marido o concubinario. Asimismo, debe tomar en cuenta que se ésta presunción se basa en la fidelidad y moralidad que deben haber en las relaciones conyugales o de pareja, características que sustentan y dan firmeza a la relación sentimental y a la familia.

Se trata de ayudar a generar la filiación dentro o fuera del matrimonio con el fin de asegurar una relación jurídica a un hijo, donde existe la participación de los

progenitores tiene por objeto constituir una relación jurídica, deberes y derechos y obligación paterno-filial.

Para los hijos habidos en matrimonio, la filiación ha de probarse con el acta de nacimiento del hijo, como lo establece el artículo 340 del Código Civil.

La filiación de una persona se compone de elementos múltiples, el primer punto que ha de establecer es el parto de quien pretende ser madre, tal mujer ha tenido un niño en tal momento, ello presupone que se conoce el hecho del alumbramiento y su fecha. En segundo lugar, hay que determinar la identidad del hijo, la cual debe de coincidir con la fecha de alumbramiento y la edad del reclamante y además que no habido sustitución de un niño por otro. Los efectos jurídicos que se desprenden de la relación paterno filial son: los hijos tendrán derecho por la ley a llevar los apellidos de sus progenitores, a exigir el derecho a los alimentos, a gozar de los derechos derivados de la patria potestad y de la sucesión de sus progenitores.

No obstante lo anterior, existe la posibilidad del desconocimiento del menor por parte del padre según lo dispuesto en el artículo 325 y 326 del Código Civil para el Distrito Federal vigente, en ambos se establece cuales son los presupuestos para efecto de concretarse la acción de desconocimiento, que son los siguientes:

- a) Haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento,
- b) Que al cónyuge varón se le haya ocultado el nacimiento;
- c) No haber expresado su consentimiento para concebir su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida.

Los presupuestos se concretizarán si se cuenta con pruebas que determinen la acción de intentar el desconocimiento paterno del hijo de su mujer, en virtud de que el artículo 326 del Código Civil indica lo siguiente:

"El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre, aunque esta declare que no son hijos de su cónyuge", salvo que acredite alguno de los presupuestos enunciados en el párrafo anterior.

En los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, se deberá intentar dentro de los sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento. Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de las técnicas de reproducción asistida a su cónyuge.

### **3.7 RELACIÓN PATERNO-FILIAL EN VIRTUD DE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.**

La técnica de fecundación in vitro es aquella mediante la cual se consigue que un óvulo y un espermatozoide puedan encontrarse en una placa de cultivo de un laboratorio, para después implantarse el huevo fecundado en el útero materno, misma que está siendo cada vez más frecuente, toda vez que la ciencia acude en ayuda de los matrimonios que tienen dificultades para lograr la reproducción por vía natural.

La vinculación jurídica establecida en la relación filial coincide comúnmente con la verdad biológica, sin embargo en ocasiones el nexo biológico entre los padres y sus hijos no existe. A pesar de ello, la ley puede reconocer una vinculación jurídica entre aquéllos, la cual esta fundada en el superior interés familiar a proteger, ejemplo de esto es la adopción en donde no hay coincidencia entre la realidad biológica y la jurídica.

El vínculo paterno-filial constituye un estado civil, basado principalmente en el nexo biológico y excepcionalmente en el vínculo consensual como puede ser la adopción y en el caso concreto además se podría agregar en la norma a las técnicas de reproducción asistida, misma que encuentran su esencia en la voluntad de quiere ser y sentirse padre o madre a pesar de sus impedimentos o carencias fisiológicas.

### **3.7.1. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y MATERNIDAD EN EL CASO DE FECUNDACIÓN IN VITRO.**

En la determinación de la paternidad de un niño nacido por la aplicación de la fecundación in vitro, juega un papel fundamental el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Este será el elemento decisivo de superación de la realidad biológica, para mantener de modo irrevocable todos los efectos del consentimiento, básicamente en la atribución de la paternidad. El nexo biológico ha dejado de ser el sustento presuntivo del vínculo jurídico paterno-filial.

Para el autor *Labrusse- Riou*, considera que "la filiación no puede establecerse respecto de un individuo cuya donación no implica ninguna intención de paternidad".<sup>59</sup> El concepto de paternidad es algo más complejo que la aportación gratuita del semen para la fecundación in vitro anónima, en un centro autorizado donde se aplica a una mujer desconocida para el donante, quien no desea ser padre y se desentiende del destino del semen. Además, no podrá existir ningún vínculo de filiación entre los donantes de los gametos y el niño concebido como resultado de la procreación asistida.

---

<sup>59</sup> Labrusse-Riou C. "Don et utilisation de sperme e d'ovocytes. Le point de vue de un juriste", pág. 270 Autor mencionado por Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág. 116.



Cuando una mujer se somete a un proceso de fecundación in vitro con donante para que lleve a cabo la gestación, no existirá paternidad ni maternidad genética, sólo hay maternidad de gestación.

En el caso de fecundación in vitro existe una identidad entre la paternidad genética y la legal, y entre la maternidad genética y biológica o de gestación, por lo tanto el hijo que nace es portador de la herencia genética de algunos de sus padres, luego la filiación del hijo será matrimonial si los padres están casados.

Para la determinación de la filiación matrimonial deberá de existir una pareja en matrimonio, el consentimiento del marido y de la mujer otorgado de manera libre, consciente y por escrito para la practica de la reproducción asistida y el parto de la mujer, si la pareja no se encuentra unida a matrimonio, la paternidad quedará determinada por el consentimiento otorgado por el varón de la pareja para que se practique una fecundación asistida. Se entiende por consentimiento informado, de acuerdo con el artículo 20 del *Reglamento de la Ley General de la Salud en Materia de Investigación por la Salud*, el "acuerdo por escrito mediante el cual el sujeto de investigación o en su caso, su representante legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y el riesgo a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna". El consentimiento deberá emitirlo de acuerdo con los artículos 21 y 22.

Si la fertilización extracorpórea se realiza por medio de gametos proporcionados por la pareja, no presenta ningún problema jurídico, el hijo concebible por este método será hijo del matrimonio bajo el mismo título que uno nacido por la vía natural, lo mismo sucede si alguno de los gametos provienen de un donante extraño. Una vez insertado el embrión en el útero, la mujer será considerada como la madre ante la ley. Si la mujer es casada, el marido de ésta será el padre legal de ese hijo.

### 3.7.2. ACCIONES DE FILIACIÓN Y LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

Las acciones de estado civil tienen como pretensión la afirmación o negación de la paternidad o maternidad, son el medio para determinar un vínculo filial a través de un proceso judicial, permitiendo su investigación y la utilización de toda clase de pruebas; en nuestra legislación civil se contemplan dos tipos de acciones:

1. Impugnación: acción por la cual se pretende la negación de la filiación.
2. Reclamación: acción por la cual se pretende la afirmación de la filiación.

El estado familiar es la situación que guarda la persona dentro de la familia, genera un vínculo jurídico que califica al individuo y le otorga una categoría dentro del núcleo familiar, de donde se derivan los derechos y obligaciones. El autor *Valentín Medina Ochoa*, indica que "puede reclamarse precisamente esa posición en la familia a que se tiene derecho o, por lo contrario, ejercitar acción de privar de ella a quien la usurpa. En el primer caso la sentencia del juez tendrá por objeto dar a una persona el lugar que ocupaba y en el segundo, desplazar al demandado del lugar que ocupaba. La acción, entonces, va a crear o a negar un estado".<sup>60</sup>

Para ejercitar alguna de las dos acciones civiles es necesario que el menor nazca viable, toda vez que el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal señala "sólo se reputa vivo el feto que desprendido enteramente del seno materno viva veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de esas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre paternidad".

El estado familiar de hijo de matrimonio o de concubinato, puede quedar destruido por el marido mediante el ejercicio de contradicción de paternidad o por la de desconocimiento de la misma, y por la mujer por medio de la impugnación de la

---

<sup>60</sup> Autor mencionado por Chávez, Ascencio, Manuel, *La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno-Filiales*, edición primera, Ed. Porrúa, México, 1987, pág. 51.

maternidad. Estas acciones están encaminadas a demostrar que el hijo carece de las condiciones necesarias exigidas por la ley, para que pueda considerarse como hijo de matrimonio o de concubinato.

En relación al marido o al concubinario, para el ejercicio de la acción de impugnación se toma en cuenta, la presunción de paternidad respecto de los hijos de su esposa o concubinaria que nazcan dentro del matrimonio y dentro de los 300 días siguientes de disuelto éste. Para el ejercicio de la acción de desconocimiento se toman en haber sido físicamente imposible haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros 120 días de los 300 que han precedido al nacimiento.

Las acciones antes mencionadas presumen la existencia de un título que pruebe la legitimidad del hijo es decir, que cuente con una acta de nacimiento que demuestre su filiación materna y paterna. Respecto, a la impugnación de la maternidad también se requiere el acta de nacimiento que acredita una situación contra la que se litiga. En caso que el hijo no tenga acta de nacimiento y desea probar su vínculo filial con un hombre o una mujer tendrá que actuar mediante la investigación de la paternidad o maternidad, el cual alguno de los progenitores serán una parte en el juicio y podrá negar o contradecir.

Las acciones de investigación o impugnación de la paternidad, respecto a la técnicas de reproducción asistida, deben de partir de un elemento distinto que no sea el nexo genético. Lo verdaderamente relevante en este tipo de filiación es la voluntad o decisión de que ser naciera.

Los efectos de las acciones son que se ampare o restituya a quien las disfruta contra cualquier persona que ocupe o intente ocupar su lugar en la familia, produciendo consecuencias aun contra los que no han litigado cuando alcanzan la autoridad de cosa juzgada es decir, efecto erga omnes. El ejercicio o la abstención de éstas acciones queda a voluntad de los particulares.

En principio el ejercicio de las acciones en comento sólo le corresponden a la pareja de sexo masculino; sin embargo la ley en ciertos casos se lo otorga a los herederos y en casos especiales a todos los interesados es decir, cuando se trata de cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de 300 días de la disolución del matrimonio.

### **3.7.2.1. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD TRATÁNDOSE DE FECUNDACIÓN IN VITRO**

Esta acción tiene como objeto destruir un estado familiar y el no ejercicio de ésta implica la voluntad de asumir la paternidad de ese hijo, a pesar de la ausencia del nexo biológico.

El principio en que se fundan las acciones de filiación es que el padre legal debe coincidir con el padre genético, en cambio en la filiación por fecundación asistida se parte de la base de que el padre legal no es el padre genético y por lo tanto esta falta de consanguinidad no da lugar a la acción de impugnación.

La acción de impugnación no podría ser ejercitada si el marido o concubinario dio su consentimiento para la practica de las técnicas de reproducción asistida, aquel será considerado el padre legítimo y ni él ni nadie podría impugnar la paternidad.

Causas por las cuales no procede un desconocimiento por parte de la pareja masculina:

1. Cuando tuvo conocimiento del embarazo de la mujer antes del matrimonio.
2. Si ocurrió al levantamiento del acta de nacimiento.
3. Cuando reconoce unilateralmente su paternidad.
4. Si el hijo no ha nacido capaz de vivir.

5. Que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento.
6. En caso de haber otorgado su consentimiento para someterse a algunas de las técnicas de reproducción asistida.

El consentimiento de la pareja a someterse a la fecundación artificial con donante, impide el ejercicio de las acciones de desconocimiento con la finalidad de fortalecer la intangibilidad del conjunto familiar y dar efectos a la voluntad de quien acepta ser progenitor y por lo tanto no adquirirá el tercero ningún derecho ni obligación inherente.

La *Ley General de Salud* menciona en su artículo 466 última parte “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”, dicho precepto no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, no obstante se tiene un indicio de la necesidad de crear una figura legal es decir, regular dando efectos jurídicos a la voluntad y elevarla a la categoría de acto jurídico familiar.

La mujer que dio a luz a una criatura, es decir madre biológica o de gestación no está legitimada para impugnar su maternidad, a pesar de haber recibido una donación de óvulo o embrión sin su consentimiento.

La impugnación de la maternidad puede versar sobre algunos de los dos supuestos que la integran: el parto y la identidad del hijo, en el primer caso se puede dar una suposición del parto o una maternidad subrogada.

La acción de contradicción está sujeta a caducidad de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento, para que el marido o concubinario pueda ejercer su derecho de contradecir que el nacido es hijo de su relación sentimental, es decir del matrimonio o del concubinato.

La acción de impugnación de la maternidad no se encuentra legislada en materia civil, no obstante se puede interpretar y aplicar en base a algunos principios legales; por que el hombre y la mujer son iguales ante la ley, es decir igualdad de sexos contenida en el artículo 4 de la Constitución Política Mexicana y además el artículo 2 del Código Civil señala que la capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer. De igual forma, el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles señala que las acciones de estado civil, entre ellas las de filiación no hace referencia exclusiva al hombre. El Código Penal considera delitos algunos actos en contra del estado civil de las personas, que hacen referencia clara a la filiación derivada de la mujer. No obstante lo anterior, considero necesario que en la ley se detalle de manera clara las acciones de impugnación y de reclamación de la maternidad con la finalidad de obtener una seguridad jurídica, en virtud de las vicisitudes que pudieran generar las nuevas técnicas de reproducción asistida.

### **3.7.2.2. RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN ESTABLECIDA MEDIANTE LA FECUNDACIÓN IN VITRO**

La acción de reclamación tiene como finalidad la afirmación de determinada paternidad o maternidad, encontramos dos acepciones en "sentido amplio son aquellas que pretenden una declaración sobre la existencia o validez de un título de legitimación, sin cuestionar la realidad misma de la filiación que acredita y en sentido estricto son aquellas por las que se pretende la declaración judicial de la realidad misma de determinada filiación."<sup>61</sup>

Según el autor *Carbajo González*, es aquella que "se ejercita con objeto de resolver una pretensión muy concreta: la atribución de un estado a quien carece de él, por no ostentar ninguno o por gozar de otro que no le corresponde".<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Peña Bernaldo de Quiros, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Madrid 1989, pág. 443.

<sup>62</sup> Carbajo González, José, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona 1989, pág. 30.

La acción de reclamación de estado puede presentarse en los siguientes casos:

I.- Cuando falta al hijo su acta de nacimiento y, además no tiene posesión de estado,

II.- Cuando falta el acta de nacimiento pero el hijo sí tiene posesión de estado,

III.- Cuando falta posesión de estado, pero el hijo tiene acta de nacimiento, y

IV.- Cuando hay contradicción entre el acta de nacimiento y la posesión de estado.

Esta acción tiene la pretensión de demostrar la calidad de hijo legítimo de padres unidos en matrimonio o en concubinato.

Las características de la acción de reclamación: son la imprescriptibilidad para el hijo y sus descendientes y prescriptible para los herederos, legatarios, acreedores y donatarios; el carácter personalísimo durante la vida del hijo, pero transmisible por herencia a legatarios, donatarios e incluso a acreedores; además la prohibición de efectuar transacción y compromiso en árbitros, es decir que las partes no convienen concesiones recíprocas que eviten una controversia futura o den por terminada una ya existente, toda vez que no se trata de intereses patrimoniales en los que el hijo pudiere aceptar determinados efectos jurídicos y renunciar a otros.

El varón que consintió la práctica de la técnicas de reproducción asistida con donante no está legitimado para impugnar la filiación, en consecuencia la acción de reclamación de paternidad no puede ir dirigida contra él, ni contra el padre biológico.

Los hijos nacidos por fecundación asistida tendrían derechos sucesorios, a los apellidos y a alimentos, entre otros, siendo los mismos para la filiación matrimonial.

El hijo nacido de fecundación *in vitro* con óvulo de la mujer y semen de donante o viceversa, debe ser considerado con una reforma a nuestro sistema jurídico civil, como hijo del matrimonio o concubinato. La paternidad de la pareja se apoya en

su voluntad de asumir el papel paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo del procedimiento reproductivo, y ésta intención debe ser reconocida por el ordenamiento jurídico como fuente de la relación paterno-filial. No obstante, de haber recurrido a la donación de un tercero para suplir la imposibilidad biológica de algún miembro de la pareja, se manifiesta la voluntad conjunta para dar vida a un nuevo ser, es decir la voluntad y responsabilidad procreacional.

A las dos categorías de filiación: la natural y la adoptiva, se impone una tercera fuente que asigna efectos jurídicos a la voluntad de asumir el vínculo en el caso de reproducción biológica con gametos ajenos, pero también cuando el material genético y la voluntad procreacional provengan de la pareja infértil, es decir admitir un nuevo vínculo paterno-filial el derivado de la voluntad.

### **3.8. MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada tiene un importante antecedente en el mes de marzo de 1986 Mary Whitehead dio a luz una hija que se conoció como "Baby M". La señora Whitehead acordó a cambio de 10,000.00 dólares dar a luz un hijo para William y Elizabeth Stern, siendo inseminada artificialmente con el semen del señor Stern. Pero después de dar a luz, la señora Whitehead cambió de parecer y deseaba conservar al bebé llevando este conflicto ante un juez de Nueva Jersey, el cual le adjudicó la custodia al señor Stern; determinó que "Baby M" estaría en mejores condiciones con los Stern privando a la madre sustituta de todos los derechos maternales sobre la niña. Más tarde, una corte de segunda instancia invalidó el contrato de sustitución y le concedió la custodia de la niña al señor Stern, pero restaurando los derechos de la señora Whitehead garantizándole un convenio de visitas.



El caso de "Baby M" es un claro ejemplo de los problemas de la maternidad subrogada, en la cual una mujer da a luz a un hijo por encargo de una pareja acordando entregales al niño al momento del parto. La pareja que recurre a ésta técnica de reproducción asistida el hombre es fértil y la mujer no. El aspecto más objetable, a parte de la posibilidad de forzar a la madre sustituta a entregar al bebé, es el pago de la cantidad por el servicio prestado el cual debe incluir los honorarios los gastos médicos.

La admisión de la posibilidad de que una mujer o una pareja estéril pueda tener un hijo a través de un contrato de maternidad subrogada es muy discutida en Europa, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica donde la doctrina considera que el derecho a procrear es fundamental y comprende tanto los métodos naturales como los alternativos de reproducción.

Los avances científicos permiten a la mujer estéril ejercer el derecho a la procreación, sin embargo considero que antes de llegar a éste método, y si la mujer y hombre sufren de esterilidad irreversible, lo más adecuado sería optar por la adopción de un menor después de nacido y formar una familia, para sí otorgar la oportunidad de que un menor desamparado se desarrolle en un núcleo familiar y no elegir ésta técnica de reproducción asistida no muy sana para ninguna de las parte integrantes de éste convenio.

### **3.8.1. CONCEPTO DE MATERNIDAD SUBROGADA**

La maternidad subrogada "implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica en favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o del apareja contratante".<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág. 204.

Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre y procrear un hijo. Una vez que el menor ha nacido la madre cede la custodia en favor del padre y, además renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo, de manera que la esposa del padre pueda adoptarlo.

En nuestra legislación civil no hace referencia al concepto de maternidad subrogada, tampoco es definido en la alguna ley o reglamento en materia de salud, por ello con el propósito de regular las consecuencias jurídicas es oportuno delimitar el campo de actuación relacionado con esta técnica de reproducción asistida.

### **3.8.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DONDE SE PACTA LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Se puede definir a este contrato como el acto jurídico por medio del cual una pareja contrata a una mujer para que proporcione el óvulo o sea inseminada artificialmente implantándole un embrión humano en el útero y lo desarrolle hasta su nacimiento, de modo que posteriormente lo entregue a la pareja solicitante.

El contrato que llevaría a cabo la pareja estéril con la llamada madre subrogada o sustituta puede ser gratuito u oneroso, según se realice o mediante precio convenido, pero en ambos casos este sería inexistente para el derecho y ninguna de las partes podría ejercer acciones tendentes a obtener su cumplimiento. El artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal establece que para la existencia de un contrato es necesario el consentimiento y objeto que pueda ser materia del contrato.

Asimismo, el artículo 1825 del Código mencionado determina que "La cosa objeto del contrato debe: existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie y estar en el comercio.

Los artículos anteriores excluyen como posibilidad al ser humano, cuya indisponibilidad es absoluta. Además, no puede haber transacción sobre la filiación ni compromiso en árbitros, según lo establece el artículo 338 del Código antes descrito.

La inexistencia jurídica del acto se produce cuando falta alguno de sus elementos esenciales, es decir la voluntad y el objeto. No produce ningún efecto legal, puede hacerse valer por cualquier interesado y no es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción.

El contrato de préstamo de útero es inexistente, según nuestras leyes y por lo tanto, cualquiera de las partes podría arrepentirse de los pactado y no habría forma de exigir el cumplimiento de éste.

La nulidad supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos esenciales que la ley exige, los contratos de maternidad subrogada están afectados de nulidad absoluta, a causa de la ilicitud del objeto.

Los principios de inalienabilidad de la persona humana permiten deducir que los contratos de alquiler o préstamo de útero son inexistentes y carente de efectos jurídicos para la madre que no acepta ejecutarlos después del nacimiento.

Tales contratos deberían regularse con el propósito de prohibir éste tipo de acuerdos de voluntades, toda vez que implican una asociación ilícita con fines de procreación, donde el objeto estaría dado por la transacción de la persona por nacer, junto con la renuncia de la madre legal que será quién de a luz y la adopción de la madre o padre genéticos. En este sentido, el autor *Francisco Lledó*,

menciona "que se trata de un alquiler de útero o de arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben de ser prohibidos absolutamente para evitar que las personas o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas".<sup>64</sup>

El denominado alquiler de útero no es arrendamiento de cosa, dice *Clavería Gosálbez*, "porque no cabe contrapestración y porque el cuerpo humano, o parte de él no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato. Más bien se da prestación gratuita de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc., y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un atípico arrendamiento gratuito de obra o de servicios".<sup>65</sup>

En la maternidad subrogada donde se aporta el óvulo y vientre "no se trata de un contrato mixto- prestación de servicio y de cosa- sino de un acuerdo sobre el producto de la actividad, es decir la madre sustituta, o más bien la porción que le corresponde, para no olvidar a quien aportó el material genético para la inseminación, ya que éste podría alegar su copropiedad sobre el producto. Este último caso, sí podríamos hablar de venta del hijo futuro y desarrollar los conocidos argumentos en contra de las convenciones que hacen del ser humano su objeto directo. Pero la prohibición moral y jurídica de que los niños sean transmitidos como si fueran cosa, hace precisamente que el contrato tenga un objeto ilícito y que, por lo tanto, sea absolutamente nulo."<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Lledó Yagüe, Francisco, *El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, en II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a finales del siglo XX", p. 328-329.

<sup>65</sup> Clavería Gosálbez, Luis, *Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción humana*, en II Congreso Mundial Vasco, "La filiación a fines del siglo XX", pág. 239-240.

<sup>66</sup> Autor citado por Soto Lamadrid, Miguel A, *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed Astrea, Buenos Aires 1990, pág.329.

### 3.8.3. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD EN EL SUPUESTO DE MATERNIDAD SUBROGADA.

Este tipo de técnica de reproducción asistida disocia lo genético de lo obstétrico, debido a que en los métodos asistidos de reproducción participa un elemento extraño a los cónyuges, lo cual no se encuentra contemplado en la legislación actual.

La maternidad debe de atribuirse a la madre sustituta, es decir, a la gestante toda vez que nuestra ley establece que la madre es aquella que da a luz al hijo. Esto puede ser genéticamente cierto o no, según quien proporcione el óvulo, o de haber existido inseminación artificial de la madre sustituta, o que haya mediado además un trasplante de embrión. Ello es indiferente para la ley, madre es aquella que lleva al hijo en su vientre y da a luz, porque hasta hace poco tiempo era impensable el desdoblamiento del proceso unitario de la fecundación en gestación y parto.

La filiación del hijo nacido por medio de este procedimiento, es indudable que será hijo legítimo de matrimonio. "Un principio fundamental de nuestro sistema jurídico está consignado en el axioma latino *pater is est quem justae nuptae demonstrat*, esto es padre es el marido de la madre".<sup>67</sup> Este principio queda establecido en el artículo 324 del Código Civil.

Por tratarse de una técnica de reproducción asistida requiere tanto dentro o fuera del matrimonio del consentimiento del cónyuge, por tratarse de elemento extraño (óvulo o útero). Así lo refiere el artículo 466 de la *Ley General de Salud* que dice "... la mujer no podrá ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge." Esta disposición constituye una norma imperfecta, debido a que su incumplimiento carece de sanción. Las únicas sanciones previstas son las establecidas en el

---

<sup>67</sup> García Mendieta, Carmen, *Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales*. Revista Ciencia y Desarrollo, número 65, México 1985, pág.85.

artículo 417 de la Ley antes mencionada, las cuales son de carácter netamente administrativo y aplicables al profesional que hubiere procedido a inseminar sin el consentimiento del marido, las cuales son: amonestación con apercibimiento, multa, clausura temporal o definitiva, que podrá ser total o parcial y arresto hasta por treinta y seis horas.

El procedimiento para el préstamo de útero o maternidad subrogada constituye una forma ilícita y eventualmente delictuosa de obtener descendencia para la mujer estéril en el estado actual del marco jurídico vigente. Mientras no se legisle sobre éste tipo de técnica de reproducción el juez resolverá bajo su personal criterio; deberá tomarse en cuenta que no podrá razonarse en línea del más puro reduccionismo genético, no tendrá plena validez para resolver la titularidad de la célula genética, por haber separado el coito conyugal de la concepción, unidad que actualmente la ley toma como supuesto para las reglas de filiación.

La autora *Gómez de la Torre Vargas*, clasifica la determinación de la filiación del menor que nazca a través del contrato de subrogación "como matrimonial o no matrimonial de acuerdo a si la madre en sustitución está casada o no. Si la madre de sustitución está casada el hijo tendrá la consideración de hijo matrimonial de ella y su marido, y en caso de que la madre subrogada fuera soltera, el hijo tendrá la calidad de hijo no matrimonial de la madre".<sup>68</sup>

Este tipo de contratos donde se determina la mencionada técnica de reproducción asistida, es nulo de pleno derecho, sin embargo el problema en dado caso sería la filiación materna cuando los óvulos no pertenecen a la gestante sino a la mujer que encarga la gestación a una tercera, en este caso la solución que comparte la doctrina extranjera es que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, lo que significa que el título de atribución

---

<sup>68</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág.234.

de la filiación materna es, entonces, no la generación biológica sino el hecho de la gestación y parto.

#### **3.8.4. ACCIONES DE FILIACIÓN Y LA MATERNIDAD SUBROGADA**

En nuestra legislación, las acciones del estado civil tienen la pretensión de reclamar o impugnar una paternidad, maternidad o la calidad de hijo; tomando en cuenta que los padres tienen la acción para contradecir a los hijos supuestamente habidos en matrimonio, a éstos corresponde la acción de reclamar su estado de hijo legítimo.

En esta técnica de reproducción asistida es necesario que se determine su ilicitud con el propósito de establecer límites a la misma y otorgar protección jurídica a las partes y sobre todo a los menor nacidos bajo esta.

##### **3.8.4.1. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD, EN EL CASO DE MATERNIDAD SUBROGADA.**

El Código Civil Mexicano no contempla la acción de impugnación de la maternidad, sin embargo el autor *Chávez Asencio*, señala que "el hecho de que no se hubiese mencionado ni reglamentado esta acción en el Código Civil, no se puede interpretar en el sentido de que el legislador hubiese pretendido despojar a la mujer de ese derecho, porque si el hombre y la mujer son iguales ante la ley, ese ordenamiento debe aplicarse a ambos por igual, es decir que también la mujer puede ejercer las acciones del estado civil que tiene por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio o ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil, para que se anulen o rectifiquen".

En consideración de la autora *Gómez de la Torre Vargas*, "la madre en sustitución no está legitimada para impugnar su propia maternidad, aunque se le haya transferido un embrión formado con el óvulo de la mujer de la pareja comitente o de una tercera mujer, porque la maternidad se determina por el parto. Así, tanto la madre genética como la de gestación, no están legitimadas para entablar la acción de impugnación de la maternidad".<sup>69</sup>

La mujer podrá ejercitar la acción de impugnación de la maternidad, justificando la suposición del parto o no ser cierta la identidad del hijo, lo que significa que quien da a luz un niño que biológicamente no le corresponde, no puede impugnar la relación materno-filial, porque esta hipótesis no coincide con ninguna de las autorizadas por la ley, ya que el parto ocurrió efectivamente y el hijo es la misma persona expulsada del útero.

Se ha plateado si el marido de la madre sustituta puede o no contradecir la paternidad. En caso afirmativo, surge el cuestionamiento ¿quién será el padre?. De acuerdo a los términos de nuestro orden jurídico, la disponibilidad no esta dentro los supuestos en que se pueda contradecir la paternidad, como hacen referencia los artículos 352 y 326 del código en mención.

En caso de que los padres genéticos ejerzan la acción de desconocimiento o impugnación de la maternidad de quien solo aportó su útero para la gestación, difícilmente el juez podría negar esta pretensión, argumentado que el contrato es nulo a causa de su objeto inmoral, porque una cosa es ejercitar una acción de desplazamiento del estado civil y otra exigir el cumplimiento de un contrato efectivamente viciado de nulidad. El incumplimiento de un contrato de subrogación materna no es exigible a causa de su ilicitud; será declarado nulo oficiosamente por el juzgador y las partes no podrán recuperar lo que hubiesen dado o entregado a causa del contrato.

---

<sup>69</sup> *Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág.236.



### **3.8.4.2. RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN SURGIDA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Resulta fácil afirmar que el contrato de gestación es inexigible a causa de su invalidez, sin embargo surge un problema cuando lo que se reclama no es el cumplimiento de las obligaciones pactadas, sino el emplazamiento de una relación paterno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge en favor de la mujer que subrogó su vientre, por el hecho incuestionado del parto, o cuando el contratante del servicio, que también aportó su material genético para la inseminación heteróloga de la madre subrogada, reclama los derechos derivados de su paternidad biológica, es decir la afectación patrimonial y moral provocada a la pareja estéril por la negativa de la madre subrogada a cumplir con su obligación contractual, y el derecho a la indemnización.

Con la maternidad subrogada se presenta una nueva realidad, como lo enuncia la autora *Gómez de la Torre Vargas*, en tres supuestos "el primero sería que en la pareja que decide utilizar este método, ella aportara sus gametos para la producción del embrión que va a ser transferido a la madre sustituta. Surge el problema de decidir si la verdadera madre es la que aportó el óvulo -madre genética- o la que gestó y dio a luz la criatura. Coinciden así la madre genética y mujer de la pareja comitente (mujer que contrata la maternidad subrogada).

Un segundo supuesto se da cuando la madre subrogada aporta su óvulo fecundado con semen del varón de la pareja comitente. Coinciden en este caso, la madre genética con la gestacional y aquí se trataría de una venta de hijo revestida con otro nombre para ser aceptada socialmente.

Y un tercer supuesto se presenta cuando a la madre subrogada se le transfiere en embrión con gametos de una tercera mujer, intervienen tres mujeres: madre

genética (dueña del óvulo), madre gestante (la que gestó a la criatura) y mujer de la pareja comitente que quiere ser madre legal de la criatura nacida.”<sup>70</sup>

Nuestro Derecho Civil podría prevenir estos y otros problemas jurídico-sociales si previera la prohibición de la maternidad subrogada en cualquier circunstancia, toda vez que se trata de contratos nulos e inexigibles, porque atentan contra la moral y las buenas costumbres. Y se podría añadir un texto regulatorio donde continúe diciendo que la maternidad se determina a través del nacimiento y agregar aunque el hijo se haya concebido con material genético de otra mujer o quizás otra opción sería que la madre es aquella mujer a la que se implanta el óvulo. Asimismo, agregar que deberá ser objeto de sanción penal, la cesión de óvulo y vientre motivada por el afán de lucro, no es otra cosa que el acuerdo anticipado para vender al propio hijo.

---

<sup>70</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993, pág. 228.

## CAPITULO CUARTO

### PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

#### **4.1 DETERMINACIÓN DE CUÁLES TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA SON LÍCITAS.**

A finales del siglo XIX y principios del XX en algunos países se realizaron inseminaciones artificiales en secreto que provocaron nacimientos, sin que se hayan iniciado denuncias o demandas, sin embargo las declaraciones de los juristas dejan entrever el rechazo particularmente en relación con la maternidad subrogada, clonación y manipulación de embriones, entre otras técnicas.

Igualmente, la *Iglesia Católica* se pronunció por primera vez en contra de licitud de la inseminación artificial a finales del siglo XIX y hasta nuestros días mantiene una postura de prohibición de las técnicas de reproducción asistida, o por lo menos de aquellas que considera más graves.

La práctica de la inseminación artificial durante los años cincuentas y sesentas fue creciendo, saliendo a la luz pública en los países occidentales particularmente en Estados Unidos de Norte América, al mismo tiempo se fue extendiendo una conciencia en tomo a su licitud práctica que dentro del matrimonio se extendía, por lo que los argumentos tendientes a destacar su ilicitud como contraria a la naturaleza perdían fuerza.

La aparición de nuevas conductas y prácticas sociales relacionadas con las nuevas tecnologías reproductivas se extienden y evolucionan como la fecundación in vitro, la maternidad subrogada y la clonación. Por ello, es importante analizar su ilegítima artificialidad y la contradicción con la naturaleza, así como las cuestiones derivadas de la complejidad de estas técnicas es decir, embriones fecundados fuera del cuerpo que son susceptibles de ser utilizados para la

reproducción asistida o para la investigación, el número de embriones que mueren durante el proceso antes de conseguirse un embarazo; todo ello genera nuevos problemas y nuevas objeciones a la licitud de estas técnicas.

Las técnicas de reproducción asistida han multiplicado las posibilidades prácticas y la complejidad conceptual de estas cuestiones, como son la fecundación post mortem –aun siendo un caso más raro y marginal- ya no sólo es posible hablar de fecundación sino también de implantación de embriones previamente congelados, tras la muerte del padre biológico. Pero las posibilidades más amplias se abrían con respecto a la maternidad de sustitución, siendo posible que una madre subrogada llevase a cabo la gestación de un embrión producto de la fecundación extracorpórea de gametos de una pareja ajena es decir, que no tuviese relación genética alguna con el feto que estaba gestando. Asimismo, la clonación – creación de seres humanos con idéntica constitución genética- con fines reproductivos.

Por lo anterior, es necesario establecer y regular cuáles técnicas de reproducción asistida son lícitas, estableciendo requisitos jurídicos para los usuarios e instituciones que las practican. Sólo se puede determinar la licitud de determinadas técnicas ligadas a la reproducción humana, tales como la inseminación artificial homóloga y heteróloga, la fecundación in vitro con gametos de la pareja, con donación de gametos y de embrión; estableciendo de forma clara y precisa sus limitantes y efectos jurídicos. La práctica de crioconservación de gametos y embriones debe ser considerada para su regulación en los aspectos de tiempo, forma, condiciones de seguridad y protección de los mismos.

En nuestro país, el legislador deberá acotar las prácticas de reproducción asistida para evitar males mayores y proteger los derechos de las personas involucradas, quienes harán la elección de vida. De igual forma, el Derecho Positivo no ha dirimido la cuestión de la licitud o de la ilicitud de las técnicas de reproducción asistida, por más que éstas han sido objeto de vivos debates; toda vez que las

regulaciones jurídicas tan sólo han propuesto solución de alguna cuestión concreta, particularmente de la determinación de la filiación jurídica.

#### **4.2. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA.**

La innovación que presentan las técnicas de reproducción asistida contrasta con la concepción que tenía la legislación civil acerca del acto reproductor, regula solo la concepción por fecundación natural pero no por otros medios en que se prescinde del coito. El acto procreador deja de ser un acto íntimo, exclusivo, personal e intransferible para ser un acto pluripersonal en que intervienen terceros, como sucede en las técnicas de reproducción asistida, en las cuales se produce una disociación entre sexualidad y procreación, entre concepción y filiación, entre filiación biológica y formal. Esto pone en entredicho los conceptos de maternidad y paternidad, así como la determinación legal de la maternidad, la cual se basa en el hecho de la gestación.

En el ámbito del Derecho de Familia, las manipulaciones genéticas implican la necesidad de replantear los principios jurídicos reconocidos hasta ahora para la paternidad y la maternidad, según la norma a cada hijo o hija sólo puede atribuirse un padre y una madre. Sin embargo, la biotecnología y muy en especial, las técnicas de fecundación asistida nos enfrentan a hechos que cuestionan desde sus cimientos estos principios que parecían incuestionables. Incluso no sólo complican la investigación del vínculo paterno-filial sino que desarticulan los mismos conceptos de maternidad y paternidad.

Respecto de la paternidad, aparece junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura que es el padre social es decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad, quien puede ser el marido o

concubinario de la madre. En la maternidad, se presentan dos tipos de figuras maternas: la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre y la genética correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación. En este sentido, el autor *Díaz Guijaro* en su Teoría sobre la voluntad procreacional menciona que "es la creación del vínculo paterno-filial basado en el consentimiento".<sup>71</sup>

El maestro *Galindo Garfias*, asegura que "Las nuevas formas de procreación han venido a modificar y desviar el proceso natural de la procreación".<sup>72</sup> Resolverlo implica señalar quién ha de asumir las consecuencias en los ámbitos del ejercicio de la patria potestad y la custodia, de la obligación alimentaria, de los derechos sucesorios, de los impedimentos para contraer nupcias; por ello la importancia que para el Derecho de la Familia tiene el adicionar conceptos que regulen las técnicas de reproducción asistida. Asimismo, es necesaria una reglamentación respecto de la utilización de las diferentes técnicas de reproducción asistida haciendo especial referencia en el concepto de técnica de reproducción asistida, clases de técnicas de reproducción, casos permitidos, consentimiento expreso de la pareja destinataria, conservación de gametos y embriones, investigación y experimentación genética, centros autorizados para llevar a cabo estas prácticas y las prohibiciones a las manipulaciones que pueden implicar un atentado contra la dignidad de las personas.

La importancia social de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida es proporcionar certidumbre jurídica para los usuarios y de los menores nacidos por medio de estas técnicas de reproducción, asimismo, buscar la calidad en los servicios de salud en los que se practiquen las mismas, además de la salud reproductiva especialmente en las mujeres.

---

<sup>71</sup> Autor citado por Soto Lamadrid, Miguel A., *Biogenética, Filiación y Delito*, E. Astrea, Buenos Aires 1990, pág. 68.

<sup>72</sup> Galindo Garfias, Ignacio, *Estudios de Derecho Civil*, 2ª. Edición, Ed. Porrúa, México 1994, pág. 641.

La regulación legal de las técnicas de reproducción asistida no es una tarea fácil, por lo que se deberá de tener cuidado al emplear de manera correcta la terminología y los conceptos para evitar problemas de aplicación fundamentalmente en lo referente a la investigación el objetivo esencial será el de lograr avances en la utilización mejor y más segura de las mencionadas técnicas. Además, es importante que esta regulación jurídica no genera nuevas discriminaciones o marginaciones entre los miembros de la sociedad.

La normativa jurídica deberá establecer el marco de aplicación de las técnicas de reproducción asistida como condiciones, requisitos, efectos jurídicos, límites y prohibiciones a las mismas –como la limitación de número de embriones transferidos en mismo ciclo, selección de sexo, clonación, entre otras. De igual forma, el ámbito de actuación y control de los centros sanitarios que practiquen estas técnicas; así como el acceso a determinados destinatarios quienes cumplan algunas condiciones como ser una pareja homosexual y unida en matrimonio o en concubinato. Finalmente, precisar que el menor que nazca como resultado de un tratamiento de técnicas de producción asistida será considerado como hijo de matrimonio o concubinato, aún cuando en dicho tratamiento haya participado un donante, quien no tendrá ningún derecho ni obligación sobre el nacido, independientemente del tipo o forma de concepción.

#### **4.2.1 CONCEPTO DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Los problemas existentes para encausar debidamente determinados tratamientos en casos específicos de esterilidad, las dificultades para asegurar un buen provenir a estos casos sin causa aparente, han conducido a tratar de solucionar los problemas de esterilidad con las llamadas técnicas de reproducción asistida, que comprenden desde las distintas posibilidades de inseminación artificial hasta la clonación.

El principal objetivo de la reproducción asistida es permitir el acceso al campo de la fertilización, conjugar los gametos humanos para lograr la concepción a través de la fecundación en forma interna o externa y finalmente asegurar y perfeccionar las técnicas de procreación para satisfacer la necesidad de las parejas estériles, quienes además buscan descendencia y conformar una familia.

El autor *Efraín Pérez Peña*, define a la reproducción asistida como “el empleo de tecnología altamente especializada que constituye o complementa el contacto sexual para que la fertilización ocurra”.<sup>73</sup>

La reproducción asistida supera los obstáculos orgánicos que impiden la reproducción mediante cópula entre una pareja, logrando la unión de óvulo y el espermatozoide mediante manipulaciones directas en un laboratorio.

El concepto que propongo en páginas anteriores consiste en: La reproducción asistida es una técnica que salva los obstáculos orgánicos o funcionales que impiden la reproducción mediante cópula o coito normal entre una pareja, la cual consiste en introducir a través de procedimientos artificiales el gameto masculino (espermatozoide) en el gameto femenino (óvulo) con el propósito de la procreación.

Las parejas estériles posibles candidatos a usuarios de estas técnicas, deben de estar plenamente informadas de todos los aspectos que involucran la reproducción asistida para decidir de forma libre y consciente la práctica de esta tecnología médicas.

Es de suma importancia crear nuevas normas que contemplen una bioética en su carácter básico de moral médica y social, aplicada a las técnicas de reproducción humana asistida, con el propósito de proteger los intereses del menor y las parejas usuarias.

---

<sup>73</sup> Pérez Peña, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*, Ciencias y Cultura.



#### 4.2.2. CLASES DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Las técnicas de reproducción asistida como tratamientos terapéuticos para parejas con problemas de esterilidad, se clasifican en diversas clases como **son** la inseminación artificial (homóloga y heteróloga), perfusión espermática de oviductos, fecundación in vitro (gametos de la pareja, donación de gametos o de embriones) portadora subrogada, micromanipulación de gametos y embriones, así como la clonación. Debido a la diversidad de técnicas es necesario analizar los aspectos sobresalientes de las técnicas para tratar de regular sus procedimientos.

La inseminación artificial es la técnica a través de la cual se deposita el semen en el aparato reproductor femenino para obtener una fecundación. Esta se divide en homóloga, se realiza la inseminación con el semen del cónyuge o concubinario. Por su parte, en la inseminación heteróloga es necesario de la donación de material genético de una tercera persona con el propósito de obtener la procreación de un ser humano. Por su parte, el autor *Chávez Asencio*, distingue a la inseminación artificial de la fecundación artificial, haciendo la siguiente aclaración "Inseminación será el término para indicar la introducción del esperma en la mujer sin asegurar la fecundación, y fecundación es la unión artificial extrauterina de un espermatozoide con un óvulo".<sup>74</sup>

La fecundación in vitro es el proceso realizado en laboratorio, de la fecundación del óvulo que naturalmente se produce en las trompas de falopio. El autor *Efraín Pérez*, define a la fecundación in vitro como "la unión de espermatozoide y óvulo fuera del cuerpo humano y trasladado del huevo a huevos fecundados a la cavidad uterina para su desarrollo posterior"<sup>75</sup> Existen diversas variantes de fecundación in vitro en las que se utiliza gametos de la pareja, donación de

---

<sup>74</sup> Latinoamericana, México 1995, pág. 644.

Chávez Asencio, Manuel, *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, Ed. Porrúa, México 1992, pág. 25.

<sup>75</sup> Pérez Peña, Efraín, *Infertilidad, esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*, Ciencias y Cultura Latinoamericana, México 1995, pág. 649.

gametos o embriones. Para la protección de los embriones obtenidos por esta técnica es necesario legislar qué número de ellos se debe implantar en un ciclo de reproducción, en atención a la salud de la madre y de los futuros menores, cantidad que me permito proponer un máximo de tres embriones u óvulos por ciclo, con ello se evitarían riesgos gestacionales a la madre y a los niños como son abortos espontáneos, partos prematuros, nacidos de bajo peso, muerte fetal, entre otros.

Por su parte, la denominada maternidad subrogada también llamada de sustitución o alquiler es una técnica de reproducción asistida donde una mujer se compromete a llevar en su útero el producto de la concepción de una pareja y al nacimiento del menor entregarlo a esa pareja, renunciando a sus derechos como madre biológica. Por su parte, *Gómez de la Torre*, señala que esta técnica "implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante".<sup>76</sup>

Técnica que disocia lo genético de lo obstétrico, debido a que en la fecundación participa un elemento extraño de los cónyuges. Por lo anterior, es necesario prohibir su práctica, ya que representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno, ofende a la dignidad y el derecho del hijo a ser concebido, gestado y traído al mundo por los propios padres. Además, implica que la madre sustituta después de someterse a la implantación del óvulo fecundado, mantener una vigilancia médica, un régimen alimenticio adecuado, un parto o cesárea, no debe enamorarse del producto; deberá renunciar a la patria potestad y custodia del menor.

Con el propósito de evitar que las personas sean objeto de estas relaciones jurídicas -contrato de préstamo de útero- se debe de prohibir la práctica de esta técnica, toda vez que los principios de inalienabilidad de la persona humana

---

<sup>76</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile, 1993 pág. 204.

permiten concluir que el convenio es inexistente y carente de efectos jurídicos e incluso la maternidad es atribuible a la madre gestante. En este sentido, *Francisco Lledó*, menciona “que se trata de un alquiler de útero o de arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre, deben de ser prohibidos absolutamente para evitar que las personas o sus componentes sean objeto de estas relaciones jurídicas”.<sup>77</sup>

Asimismo, el procedimiento de congelamiento de gametos y embriones es conocido como crioconservación o criopreservación que se realiza a través de la conservación de los mismos en nitrógeno líquido, el cual no se ha empleado con los óvulos ya que pueden ser dañados durante el proceso de congelación y descongelación. Lo fundamental es lograr una regulación legal para establecer el tiempo de crioconservación, destino de gametos y embriones sobrantes, los cuales fueron fecundados in vitro pero no transferidos o implantados en el útero y permanecen congelados, con el propósito de evitar decisiones unilaterales de los progenitores y científicos. Por lo anterior, me permito proponer establecer como tiempo máximo de congelamiento tres años y al término del plazo sólo se podrá utilizar para implantarse en el útero materno para viabilizar su desarrollo normal, si su madre no acepta el implante se deberá permitir en otra mujer con miras de intentar el nacimiento del engendrado bajo la figura legal de la adopción prenatal.

Además, de prohibir que sean sometidos a procedimientos de ingeniería genética que pudieran afectar o alterar el genotipo. Cabe destacar, que la manipulación genética es el conjunto de intervenciones del hombre, en relación con los fenómenos de la reproducción y de la herencia para mejorarla y/o transformarla, es decir es la alteración del patrimonio genético de un ser vivo, misma que se enfoca a diversos fines como son los terapéuticos (cura de enfermedades) y de investigación (conocer el mapa de genético).

---

<sup>77</sup> Lledó Yangué, Francisco, *El alquiler de úters y el problema de las madres sustitutas o por encargo*, en II Congreso Mundial Vasco, “La filiación a finales del siglo XX” pág. 328-329.

Finalmente, la técnica de reproducción conocida como clonación se realiza introduciendo el núcleo de la célula de un adulto en un óvulo in vitro, una vez que cambia la información genética, el óvulo continúa su desarrollo hasta convertirse en un embrión que posteriormente es implantado en el útero materno donde se desarrolla de manera natural pero con la información genética del donante.

Es el procedimiento destinado a crear seres humanos idénticos entre sí, técnica practicada y probada en animales, sin embargo la mayoría de los embriones clonados que implantan en úteros maternos no logran su reproducción, ya que sufren diversas deficiencias moleculares y genéticas generando un gran número de embriones desechados. Técnica que no se ha probado de forma seria en seres humanos y resulta fundamental legislar en el sentido de prohibir la clonación reproductiva, toda vez que es una técnica poco eficiente, riesgos y poco ética. Por su parte, el científico *Francisco Bolívar Zapata*, del Instituto de Biotecnología de la Universidad Nacional Autónoma de México, indica que "la clonación reproductiva es un método poco eficiente, riesgoso y de alto costo, no tiene sentido y se debe legislar para que no sea posible en nuestro país. Asimismo, expresó sus dudas sobre que se haya logrado la clonación humana, de la que los relanos no han ofrecido pruebas científicas y la tachó de absurdo".<sup>78</sup>

#### **4.2.3. CASOS PERMITIDOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad esencial facilitar la procreación ante la esterilidad cuando hayan fracasado otros tratamientos, así como utilizarse para el tratamiento o prevención de enfermedades genéticas cuando exista el riesgo de transmitir las a la descendencia. Deberán practicarse cuando estén clínicamente indicadas en centros hospitalarios debidamente autorizados, además que existan posibilidades de éxito y no supongan riesgos graves para la salud principalmente de la mujer. La pareja que recurra a estas

---

<sup>78</sup> <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/257420/> 21/12/02.

técnicas de reproducción asistida debe ser mayor de edad, en buen estado de salud física y psíquica con pleno conocimiento e información sobre la misma y expresar su consentimiento de forma escrita.

En la legislación civil es necesario regular que la pareja a cuya mujer se le practique algún proceso de fecundación in vitro con semen, óvulo o embriones de donante –previo consentimiento de ambos– sean los padres legales del menor que nazca. Los niños nacidos a través de las técnicas de reproducción asistida tendrán los mismos derechos y obligaciones que los niños concebidos de forma natural.

Es de importancia fundamental limitar el uso de las técnicas de reproducción asistida, con la finalidad de brindar protección jurídica a las partes involucradas en estos procedimientos médicos. Señalando que sólo podrán utilizarse para la prevención y eliminación de enfermedades genéticas o hereditarias.

Existen diferentes clases de técnicas de reproducción asistida que son utilizadas en los programas para tal fin como alternativa en el manejo de parejas estériles, sin embargo es necesario que se reglamente en nuestra legislación civil a qué técnicas de reproducción podrán tener acceso las parejas estériles en nuestro país. Las técnicas que propongo que sean utilizadas y permitidas: la inseminación artificial (homóloga y heteróloga), fecundación in vitro con gametos provenientes de la pareja y con donación de gametos o embriones, así como la micromanipulación o conservación de éstos, que se explican a continuación.

La inseminación artificial es la unión de dos células germinales procedentes de individuos sexualmente opuestos, es decir se realiza el depósito del semen en los genitales internos de la mujer para que se produzca la fertilización y el proceso se completa de forma normal. Existen dos clases, la primera es la homóloga (semen que proviene del cónyuge o concubinario) y la segunda es la heteróloga (semen de un donante) la diferencia radica esencialmente en el origen del semen. La

inseminación artificial en dos de sus vertientes a mi parecer no ofrecen dificultades en su admisión, ya que el hijo queda vinculado a los progenitores acogiéndose a la presunción iuris tantum al hijo que por hipótesis ha sido concebido por la mujer a la que se practicó la inseminación, siempre que nazca dentro del matrimonio o concubinato o antes de que transcurran trescientos días siguientes a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

De igual forma, es necesario regular los procesos de fecundación in vitro, que esencialmente consisten en reproducir el proceso de fecundación del óvulo que normalmente ocurre en las trompas de Falopio en un laboratorio y posteriormente la transferencia del embrión de pocas horas al interior del útero y continúe el desarrollo embrionario.

Esta técnica presenta distintas variantes como pueden ser con gametos de la pareja o donación de gametos y embriones, que son utilizados en centros de reproducción asistida para parejas que no dispongan de propios gametos; y finalmente la donación de embriones, es decir, se realiza un trasplante de embrión al útero de la mujer receptora. Por lo anterior, es necesario regular los centros de atención y bancos de semen y embriones en su funcionamiento y límites; así como establecer el periodo de congelación de éstos, propongo un plazo máximo de tres años y a su término se podrá utilizar para implantarse en el útero materno, ya sea de su madre, donadora o en mujer receptora. Asimismo, se deberá de implementar una lista de espera de posibles receptoras para que en la medida de lo posible se realice el trasplante a la brevedad, con el propósito de no mantener por tres años congelados a los embriones y en su caso al término de ese plazo establecer que la pareja deberá de conceder la implantación en el útero para lograr su desarrollo.

#### **4.2.4.CENTROS DE ATENCIÓN PARA LA PRÁCTICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Los centros de atención para la práctica de las técnicas de reproducción permitidas deberán ser de carácter privado, ya que no se pueden realizar en la esfera de la atención estatal gratuita, toda vez que estos servidores públicos tienen toda una deuda pendiente con la medicina primaria y en especial en la preventiva con respecto a un amplio sector de la población, centros que deberán cumplir con todos los requisitos establecidos en la legislación en materia de salud e incluso sería oportuno reglamentar un funcionamiento específico, contemplando la utilización de equipo técnico y profesional en el tratamiento de las técnicas de reproducción asistida.

De igual forma, estos centros deberán lograr tanto a los donantes como a las parejas usuarias asesoramiento y toda la información necesaria sobre los distintos aspectos e implicaciones de las técnicas de reproducción asistida, así como sobre los resultados y riesgos previsibles. La información comprenderá consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético y económico.

Estos centros de atención tendrán como obligación para iniciar cualquier técnica de reproducción asistida el recabar el consentimiento de ambas partes, es decir de la pareja estéril, sobre todo del marido o concubinato, para que a su mujer se le practique algunas de las mencionadas técnicas de reproducción, porque estaría asumiendo de esta forma su paternidad. En su caso, reiterar el consentimiento por cada intento para conseguir un embarazo. El consentimiento es la expresión libre, consciente y formal otorgado por la pareja para que se le practique algunas de las técnicas de reproducción asistida, considerando un escrito indubitado, el cual podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas. El artículo 20 del *Reglamento de la Ley de Salud* en materia de investigación para la Salud define como "consentimiento informado el acuerdo por escrito, mediante el cual el sujeto de investigación o, en su caso, su representante

legal autoriza su participación en la investigación, con pleno conocimiento de la naturaleza de los procedimientos y riesgos a los que se someterá, con la capacidad de libre elección y sin coacción alguna.

Es fundamental que se establezcan los requisitos que deberán cubrir estos centros para las donaciones de gametos y embriones, es decir, un acto de disposición que produce efectos jurídicos que se realizará a través de un contrato gratuito, formal y secreto entre el donante y el centro autorizado sin carácter lucrativo o comercial, ni por tanto estar guiada ni promovida por el interés económico. El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el Centro autorizado, previo de ser informado de los fines y consecuencias del acto.

La donación debe ser anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto, elaborando un registro individual para cada donante que deberá ser enviado por escrito o vía magnética al Registro nacional de Donantes con el propósito de lograr una base de datos integral y completa de cada uno de los donadores.

Para llevar a cabo una donación de gametos se deberán realizar previos estudios psicofísico exhaustivos a los donantes, con el propósito de descartar cualquier enfermedad genética, hereditaria o infecciosa, siendo un acto voluntario y anónimo. Entre los requisitos mínimos para efectuar una donación destacan:

- Mayoría de edad y plena capacidad para obrar.
- Buen estado de salud psicofísica.
- Contrato escrito relativo al consentimiento, previa información sobre los fines, procedimientos y consecuencias.
- Reconocimiento médico con historia clínica personal y familiar detallada para descartar enfermedades hereditarias o congénitas transmisibles.
- Examen físico.



- Los estudios analíticos como grupo y Rh sanguíneo, prueba para detectar sífilis, hepatitis B y C, del VIH.

Los Centros Sanitarios que practiquen las diferentes técnicas de reproducción asistida se registrarán por lo establecido en la legislación civil y en la Ley General de Salud; cualquier cumplimiento de los requisitos para su funcionamiento será sancionado administrativamente, sin perjuicio de otras actuaciones legales de que pueda ser objeto. Además, la legislación civil deberá de garantizar el secreto sobre la esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción asistida.

Es de vital importancia, que se contemple una regulación jurídica respecto de las actividades de los Centros Sanitarios donde se practiquen las técnicas de reproducción asistida, así como del control de los programas de reproducción que permita establecer los límites, criterios, mejora en los servicios y el respeto a los derechos y libertades individuales. Además, de establecer una responsabilidad civil como un medio de resarcimiento de los pacientes con respecto a posibles daños que pudiesen sufrir con relación a un mal proceso en las técnicas de reproducción asistida como pueden ser que el menor padezca alguna malformación física o deficiencia psicológica, un error en la selección del donante, un daño en la salud de los usuarios, entre otros múltiples ejemplos.

#### **4.2.5 INVESTIGACIÓN Y EXPERIMENTACIÓN EN MATERIA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA**

Las técnicas de reproducción asistida tienen como finalidad la procreación humana pero además de utilizarse para el tratamiento y prevención de enfermedades genéticas, por ello deberán ser limitadas y restringidas algunas de ellas como la manipulación de embriones humanos, debido a que constituyen la fase primera del inicio de la vida humana y todo ser humano es persona desde el

mismo momento de la concepción y es titular de derechos, es decir, un nasciturus concebido no nacido; estableciendo que sólo podrán ser objeto de investigaciones y experimentación científica positiva hasta el catorce día siguiente al de su formación in vitro y cuando se manifiesten en ellos señales de imposibilidad de implantación en el útero de la mujer, por trastornos biológicos o anomalías, y pasado el término de los catorce días deberán ser destruidos. Los procesos de investigación que tendrán como finalidad una actuación positiva en beneficio del individuo y de la humanidad, prohibiéndose la experimentación con embriones y gametos humanos. Se permitirá una investigación de carácter positivo y de diagnóstico.

Es importante, definir una protección jurídica a los embriones respecto al número de fecundados, lugar y tiempo máximo de almacenamiento, mismos que deberían ser crioconservados por un período máximo de tres años, la capacidad y plazos es compromiso de los usuarios; en su caso estimular la donación de aquellos que no vayan a ser utilizados por las propias parejas, de manera que se reduzca de la forma más amplia posible el número de embriones sobrantes.

En los casos en que de una fecundación in vitro resulte un número alto de embriones, los cuales no podrán ser transferidos de una sola vez, deberá expresar por escrito la pareja su intención sobre ellos, dar su consentimiento para una donación o expresar el deseo de que en otro momento la pareja intentará un nuevo embarazo o que sean utilizados en procesos científicos; pero que no sean sometidos a procesos de congelación. No existe condena moral en la experimentación con embriones humanos muertos, siempre que no se provoque su muerte para eso. La comunidad científica justifica la experimentación en embriones vivos toda vez que ofrece mejores posibilidades de conocimiento que un material sin vida.

#### 4.2.6. PROHIBICIONES A LAS PRÁCTICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es terapéutica, preventiva y de eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario y no así constituir un medio alternativo de reproducción para mujeres solas u homosexuales; por lo que es necesario regular el acceso a este tipo de tratamientos, el cual me permito proponer sea para parejas heterosexuales compartiendo un proyecto de vida en común, matrimonio o concubinato, y utilizar estas técnicas como último recurso médico y siempre pensando en el bienestar del menor que vendrá al mundo.

El derecho a procrear es un derecho derivado de varios como el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad, sin embargo no es un derecho absoluto que pueda exigirse su cumplimiento al margen de cualquier consideración social o médica; sin tomar en cuenta el bienestar y protección del menor que va a nacer, así como de la familia y la humanidad.

De lo anterior, es necesario establecer algunas limitantes a aspectos de las técnicas de reproducción asistida tanto jurídicos como médicos, los cuales me permito esbozar en las siguientes líneas:

- No se deberá autorizar la congelación de óvulos hasta en tanto no se demuestre científicamente con las garantías precisas, la viabilidad de los óvulos después de su congelación.
- La maternidad subrogada deberá ser ampliamente rechazada, toda vez que tales contratos son contrarios a la dignidad humana; con lo anterior se evitarán consecuencias jurídicas como la determinación de la patria potestad. De igual forma, es una técnica poco eficaz y que conlleva algunas implicaciones negativas tanto para la madre como para la criatura que dará a luz, la entrega del hijo puede producir sufrimiento emocional en

el niño. Asimismo, durante el embarazo se produce una estrecha relación entre madre e hijo, que va a ser esencial para el posterior desarrollo psicológico del niño. Además, representa una falta objetiva contra las obligaciones del amor materno y responsable. Sin embargo, sería más conveniente fomentar entre las parejas que sufren esterilidad irreversible la figura de la adopción de un menor que ya nacido, se encuentra desprotegido y sin un núcleo social.

- En nuestra legislación se debería legislar prohibiendo la realización de quimeras, híbridos o implantes del embrión humano en animal o en seres humanos en estado vegetativo. Además, las prácticas eugenésicas –que significa engendrar bien- como la selección del sexo, fabricación de seres superdotados o seres humanos de una raza determinada, es decir, hijos por catálogo con todas las características deseables por los padres.
- Se rechaza totalmente la experimentación embrionaria, a partir de los catorce días de fecundación y su destrucción.
- Prohibir la aplicación de las técnicas de reproducción asistida a mujeres solas u homosexuales.
- La clonación debería regularse en el sentido de prohibir esta práctica de reproducción humana –producción de organismo de idéntica constitución genética, que procede de un único individuo-, ya que el hombre es considerado como un fin y no como medio, así como el derecho a ser único e irreplicable, es decir, la clonación reproductiva por transferencia de núcleo de célula somática que presenta el problema adicional de su inseguridad, no salvada por experiencias amplias en animales. Sin embargo, hay que distinguirla de la clonación realizada con fines no reproductivos, toda vez que abre un amplio campo de posibilidades para la obtención de tejidos y órganos para trasplantes, sí podría ser admisible.

- Se debería de prohibir la utilización de gametos congelados del otro miembro ya fallecido para lograr su propia descendencia, es decir, la inseminación artificial post mortem.

De cada uno de nosotros depende que no se destruya el sentido de nuestra vida obre la tierra, y que no se altere la relación del hombre con la naturaleza. La toda humanidad debe comprender que esta tarea demanda un profundo compromiso moral en pos de la supervivencia armoniosa de nuestra especie en el planeta.

Se pretende una intervención estatal con miras a una protección al equilibrio y vínculos del ser humanos que favorezca a mejorar su calidad de vida, así como una mayor responsabilidad y una especial solidaridad con nuestra especie. De lo contrario, corremos el riesgo de que este inusitado poder del hombre sobre la naturaleza, sobre todo en el aspecto más importante como es el comienzo de su vida se transforme irremediamente en contra de él, convirtiendo a la revolución reproductiva en una revolución biológica contra la especie humana.

Hoy como nunca, se exige de nosotros un compromiso moral, altruista y responsable con todo lo ecológico, para que la vida pueda continuar. El primer sistema ecológico humano es la familia: la primera célula básica de la sociedad, el hábitat natural donde el ser humano logra su primer contacto vital y su desarrollo armónico.

No se trata de evitar la evolución del hombre, sino de encauzarla. Tampoco, se pretende prohibir el avance de las ciencias médicas y biológicas, sino de ordenarlas hacia un fin superior: el respeto a la dignidad de la persona.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La esterilidad es la imposibilidad de fecundación e implica una alteración irreversible. En cambio en la infertilidad se logran gestaciones sin dificultad pero no llegan a su término de forma satisfactoria. Las técnicas de reproducción asistida deben ser una opción para superar la infertilidad y para generar una familia, y no una opción alternativa de reproducción humana. Además, la legislación civil deberá garantizar el secreto sobre la esterilidad y sobre el origen de los hijos nacidos por estas técnicas de reproducción asistida.

**SEGUNDA.** El acceso a las técnicas de reproducción asistida deberá autorizarse sólo a la pareja heterosexual unida en matrimonio o en concubinato, toda vez que la finalidad de estas técnicas es terapéutica, preventiva o de eliminación de enfermedades de origen genético o hereditario, y no así un medio alternativo para mujeres solas u homosexuales. Lo anterior, siempre en beneficio del menor que vendrá al mundo.

**TERCERA.** La inseminación artificial tanto homóloga como heteróloga, representan una realidad social y no contrarían la ética ni la moral; por ello es conveniente formular una aceptación para ser utilizadas cuando malformaciones o defectos funcionales impiden la fecundación de forma natural.

**CUARTA.** La donación de gametos y embriones deberá ser formal y secreta, y no tener nunca un carácter lucrativo o comercial, y ser sometida a reglas de apropiación y libre circulación con base en ciertos principios, entre los que podría sugerirse que su tráfico sea sólo para fines terapéuticos o reproductores.

**QUINTA.** La manipulación de embriones humanos obtenidos mediante la técnica de fecundación in vitro, deberá sólo permitirse para utilizarlos en programas de investigación y experimentación científica positiva hasta el décimo cuarto día siguiente de su formación in vitro. La crioconservación de embriones deberá ser por un plazo máximo de tres años en condiciones de seguridad y por su parte la pareja precisará por escrito su destino, ya sea un próximo embarazo o una donación, asimismo, prohibir que sean sometidos a procedimientos de ingeniería genética que pudiera afectar o alterar el genotipo.

**SEXTA.** La maternidad subrogada deberá estar prohibida por nuestra legislación civil, debido a que es una técnica poco eficaz de reproducción y representa una falta objetiva al amor materno, y además se evitarían controversias jurídicas en cuanto a la determinación de la patria potestad. El contrato de maternidad subrogada es inexistente porque su objeto está fuera del comercio y es contrario a la dignidad humana. Si la pareja sufre esterilidad irreversible, lo más adecuado sería optar por la adopción de un menor después de nacido y formar una familia, para así otorgar la oportunidad de que un menor desamparado crezca en un núcleo familiar.

**SÉPTIMA.** La clonación reproductiva por transferencia de núcleo de célula somática deberá ser prohibida, ya que el hombre tiene el derecho a ser único e irreplicable. Sin embargo, hay que distinguirla de la clonación no reproductiva que permitiría un gama de posibilidades para la obtención de tejidos y órganos, y que si es admisible.

**OCTAVA.** Ante las técnicas de reproducción asistida donde se usa material genético ajeno, es necesario asegurar que la legislación resuelva sobre la base de la voluntad procreacional, considerando el otorgamiento de la anuencia como el deseo de asumir la maternidad o paternidad y de que ello sea reconocido como título suficiente para constituir jurídicamente el vínculo paterno-filial.

**NOVENA.** Es necesario que se legisle en relación con autorizar la realización de algunas de las técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando estén justificadas y se practiquen en centros o servicios sanitarios autorizados de carácter privado, pero considero que no sería adecuado que estas técnicas de reproducción asistida se realicen en Hospitales del Sector Salud, lo anterior para fomentar la adopción de menores carentes de un hogar.

**DÉCIMA.** Se condena toda procreación artificial que no sea con el fin de remediar la esterilidad humana, toda intervención genética sobre células germinales, toda práctica sobre células somáticas que no sea con fines terapéuticos y cualquier experimentación y explotación con fines comerciales e industriales. Proteger la integridad del cuerpo humano y a la especie humana con normas de orden público, es una necesidad insoslayable y permanente.



## BIBLIOGRAFÍA

1. CARBAJO GONZÁLEZ, José. *Las acciones de reclamación de la filiación*, Ed. Bosch, Barcelona, España 1989.
2. CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. *La familia en el Derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*. Ed. Porrúa, México 1992.
3. CLARKE, Robert. *Los hijos de la ciencia*, Ed. Bs Emecé, 1986.
4. DICCIONARIO Enciclopédico de Teología Moral. Tercera Edición. Ed. Paulinas Madrid, España 1978.
5. DICCIONARIO Enciclopédico de Teología Moral.
6. ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba. Tomo IV.
7. ENGELS, Federico. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*, Quinto Sol, México, 1985.
8. GAFO, Javier. *¿Hacia un mundo feliz? Problemas éticos de las nuevas técnicas de reproducción humana*, Sociedad de Educación Atenas, 1987.
9. GALINDO GARFÍAS, Ignacio. *Estudios de Derecho Civil*, 2ª. Edición Ed. Porrúa, México 1994.
10. GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, Maricruz. *La fecundación in vitro y la filiación*, Ed. Jurídica de Chile 1993.
11. GÖRAN EWERLOF, Swedish. *Legislation Artificial Insemination*, en II Congreso Mundial Vasco. *La filiación a finales del siglo XX*. Ed. Tivium, Madrid 1987.
12. ITALO TOZZINI, Roberto. *Esterilidad e infertilidades Humanas*. Ed. Panamericana, Bogotá 1989.
13. LEMA ANÓN, Carlos. *Reproducción, Poder y Derecho*, Ed. Trotta, Madrid 1999.
14. LOYARTE, Dolores y ROTONDA, Adriana E. *Procreación Humana Artificial: Un Desafío Bioético*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1995.
15. NICHOLSON, Roberto F. *¿Cómo plantear el estudio y el tratamiento del matrimonio estéril?*, en "Ginecología y Reproducción", año 1, volumen 1, Fundación Edgardo Nicholson, 1988.
16. PEÑA BERNARDO DE QUIROS, Manuel. *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, España 1989.
17. PÉREZ PEÑA, Efraín. *Infertilidad, Esterilidad y Endocrinología de la Reproducción*. Ciencias y Cultura Latinoamericana, México 1995.

18. PLANIOL. *Tratado de Derecho Civil*, Ed. Cajica, México.
19. PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil Español*, Tomo II Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1971:
20. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Derecho de Familia*. Volumen II 1998.
21. SOTO LAMADRID, Miguel Ángel. *Biogenética, Filiación y Delito*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.
22. USÁNDIZAGA, José Antonio. *Los Problemas de la esterilidad conyugal humana y su solución con la fecundación in vitro*, Marino Barbero Santos Editor, Madrid 1989.
23. VEGA GUTIÉRREZ, María Luisa; VEGA GUTIÉRREZ, Javier y MARTÍNEZ BAZA, Pelegrin. *Reproducción Asistida en la Comunidad Europea, Legislación y Aspecto Bioéticos*, Universidad de Valladolid, 1993.
24. VIDELA, Mirta y SAVRANNSKY, Ricardo y Sas, *Esterilidad de la Pareja*, Ed. Bs. As. Trieb, 1984.
25. ZANONI, Eduardo. *Derecho de Familia*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1981 Tomo II.

## HEMEROGRAFÍA

1. FARRER MESCHAN, R. *Importancia del asesoramiento matrimonial en la investigación de la infertilidad*, en "Sinapsis Obstétrico- Ginecológica" Bs. As. 1979, tomo 25, número 4.
2. GARCÍA MENDIETA, Carmen. *Fertilización Extracorpórea. Aspectos Legales*. Revista Ciencia y Desarrollo número 65 México 1985.
3. GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene. *La Filiación Matrimonial*, Trivium, 1986 D924.
4. PÉREZ SERRANO, Nicolás. *Eutelegenesia y Derecho España*, , Revista del Foro Canario Publicaciones Iltre, Colegio de Abogados de las Palmas, España 1955.
5. "Informe Warnock", Informe del Comité de investigación de la fertilidad humana y embriología. Comité presidido por Mary Warnock, Departamento de Sanidad y Seguridad Social del Reino Unido, Julio 1984.
6. "Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación in vitro e inseminación artificial humanas" Comisión presidida por el Dr. Marcelo Palacios, de ahí que se conozca dicho informe como "Informe Palacios", aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en Sesión de 10 de abril de 1986.

7. La Sexualidad Humana, *Nuevas Perspectivas del Pensamiento Católico*. Ediciones Cristianidad. Madrid España, 1978.

### **PÁGINAS EN INTERNET**

1. <http://www.reforma.com/ciencia/articulo/257420/> 31/12/02
2. <http://mx.news.yahoo.com/021227/8/pqnb.html> 30/12/02.
3. [http://www.msc.es/salud/epidemiologia/repro\\_asistida/resumen\\_anual](http://www.msc.es/salud/epidemiologia/repro_asistida/resumen_anual) 29/09/03.
4. <http://www.reproducción.com.mx/steril.html> 23/09/03.
5. <http://www.netsalud.sa.cr./ms/decretos/dec5.htm>. 23/09/03.

### **LEGISLACIÓN**

1. Código Civil para el Distrito Federal.
2. Ley General de Salud.
3. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud.