



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

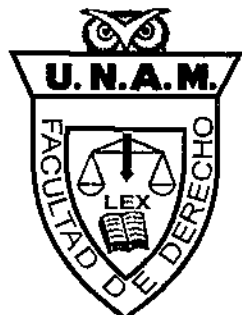
"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTICULO 293
PARRAFO SEGUNDO DEL CODIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL"

TESIS

QUE PARA OPTAR AL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA

TOMAS PELAEZ GONZALEZ



ASESOR DE TESIS: LIC. CARLOS VIEYRA SEDANO

CD. UNIVERSITARIA

MEXICO, D. F., 2005

M 3111592



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/4/03/05/10

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 .

El alumno TOMÁS PELAEZ GONZÁLEZ, elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. Carlos Vieyra Sedano, la tesis denominada "NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL" y que consta de 147 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.

El interesado 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. 4 de Marzo de 2005

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGAS'egr.

Autorizo a la biblioteca de las bibliotecas de la UNAM a obtener en formato electrónico o impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Pelaez Gonzalez
Tomás

FECHA: 30 - Mayo - 2005

FIRMA: [Firma]

MÉXICO, D.F. A 15 DE NOVIEMBRE DE 2004

Lic. GUSTAVO ARRATIBEL SALAS
Director del Seminario de Derecho Civil UNAM
P R E S E N T E

Fui designado para dirigir y revisar el trabajo intitulado "**NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**" Mismo que fue elaborado por el alumno: TOMÁS PELAEZ GONZÁLEZ con No. de cuenta 91526195 el cual a mi consideración ha sido una investigación seria, con la bibliografía adecuada, por lo que reúne los requisitos legales y formales que exige el reglamento de exámenes profesionales; en virtud de ello, le solicito tenga a bien autorizar su aprobación e impresión, salvo su docta opinión al respecto.

Por lo anterior, le agradezco las atenciones que se sirva prestar al portador de la presente, manifestándole la más alta y distinguida consideración de mi persona.



ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU."

Lic. CARLOS VIEYRA SEDANO

Dedicada a:

- Mi hija Kassandra, por ser mi motivación en la vida.
- Mis Padres, por la Ayuda Incondicional
- Mi Maestro, Carlos Vieyra sedano, por su apoyo y enseñanza indispensable para la culminación de este trabajo.
- Mi Alma Mater " Universidad Nacional Autónoma de México " por el honor de ser parte de ella.

TOMAS PELAEZ GONZALEZ

2.3.	Casos en que se aplica la reproducción asistida.....	55
2.3.1.	Esterilidad e Infertilidad.....	59
2.3.2.	En personas fértiles.....	61
2.3.3.	Donadores de Gametos.....	62
2.3.4.	El vientre subrogado o Madre subrogada.....	71
2.4.	Postura de la Ley General de Salud.....	72

CAPÍTULO TERCERO

III.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

3.1.	Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida homóloga..	79
3.1.1.	Consentimiento mutuo.....	81
3.1.2.	Procreación en ausencia del marido.....	83
3.1.3.	Fecundación después de la disolución del vínculo matrimonial.....	83
3.2.	Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida Heteróloga..	87
3.2.1.	Con gameto masculino de tercero.....	91
3.2.2.	Con gameto femenino de tercera.....	92
3.2.3.	Con gameto femenino y masculino de terceros.....	94
3.3.	Filiación de los hijos gestados en vientre subrogado.....	95
3.4.	Consecuencias jurídicas en relación a la fecundación asistida (consentida por parejas lésbicas y/o de homosexuales).....	99
3.4.1.	La Fecundación Asistida frente a la relación jurídica paterno-filial.....	100
3.4.2.	La Fecundación Asistida frente a la sucesión legítima.....	101
3.4.3.	La Fecundación Asistida, "consentida" por parejas lésbicas o de homosexuales.....	106

CAPÍTULO CUARTO

IV.- NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. Planteamiento del Problema.....	112
4.2. Hipótesis del sustentante para soluciones el problema.....	120
4.3. Justificación de la propuesta.....	127
4.4. Propuesta para reformar el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal.....	131
CONCLUSIONES	136
BIBLIOGRAFÍA	143

**"NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO
DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"**

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

**I.- RELACIÓN JURÍDICA PATERNO-FILIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PARA
EL DISTRITO FEDERAL.**

1.1. El parentesco y sus clases.....	1
1.1.1. Generalidades.....	2
1.1.2. Parentesco consanguíneo.....	4
1.1.3. Líneas de parentesco.....	5
1.1.4. Parentesco por afinidad.....	8
1.1.5. Parentesco civil.....	9
1.1.6. Consecuencias Jurídicas del parentesco.....	10
1.2. Paternidad Latu Sensu.....	15
1.2.1. Paternidad Strictu Sensu.....	16
1.2.2. Maternidad.....	17

CAPÍTULO SEGUNDO

II.- LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

2.1. Antecedentes.....	27
2.2. Técnicas que se practican.....	31
2.2.1. La Inseminación Artificial.....	36
2.2.2. Fecundación In vitro y transferencia de embriones (FIVTE)....	39
2.2.3. Formas en que se aplican las distintas técnicas.....	48
2.2.3.1. Fecundación Homóloga.....	49
2.2.3.2. Fecundación Heteróloga o Heterofecundación.....	50
a) Fertilización Heteróloga en mujeres casadas.....	50
b) Fertilización Heteróloga en mujeres solteras.....	52

2.3.	Casos en que se aplica la reproducción asistida.....	55
2.3.1.	Esterilidad e Infertilidad.....	59
2.3.2.	En personas fértiles.....	61
2.3.3.	Donadores de Gametos.....	62
2.3.4.	El vientre subrogado o Madre subrogada.....	71
2.4.	Postura de la Ley General de Salud.....	72

CAPÍTULO TERCERO

III.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

3.1.	Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida homóloga..	79
3.1.1.	Consentimiento mutuo.....	81
3.1.2.	Procreación en ausencia del marido.....	83
3.1.3.	Fecundación después de la disolución del vínculo matrimonial.....	83
3.2.	Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida Heteróloga..	87
3.2.1.	Con gameto masculino de tercero.....	91
3.2.2.	Con gameto femenino de tercera.....	92
3.2.3.	Con gameto femenino y masculino de terceros.....	94
3.3.	Filiación de los hijos gestados en vientre subrogado.....	95
3.4.	Consecuencias jurídicas en relación a la fecundación asistida (consentida por parejas lésbicas y/o de homosexuales).....	99
3.4.1.	La Fecundación Asistida frente a la relación jurídica paterno-filial.....	100
3.4.2.	La Fecundación Asistida frente a la sucesión legítima.....	101
3.4.3.	La Fecundación Asistida, "consentida" por parejas lésbicas o de homosexuales.....	106

CAPÍTULO CUARTO

IV.- NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

4.1. Planteamiento del Problema.....	112
4.2. Hipótesis del sustentante para soluciones el problema.....	120
4.3. Justificación de la propuesta.	127
4.4. Propuesta para reformar el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal.	131
CONCLUSIONES.....	136
BIBLIOGRAFÍA.....	143

INTRODUCCIÓN

Los avances de la ciencia médica durante las últimas décadas, particularmente en lo que se refiere a la reproducción asistida y a la genética han sido sorprendentes; tanto, que actualmente desde el inicio del método de fertilización in Vitro, en la década de los cincuenta y con tan sólo veinte años de trabajo, nace en Inglaterra la primer persona de probeta, con lo cual se da un gran paso en los avances científicos en cuanto a la medicina se refiere.

Es importante señalar que dichas técnicas de fecundación asistida, son catalogadas en algunos países como inmorales, teniendo incluso cuestionamientos éticos, religiosos, filosóficos y jurídicos; y al mismo tiempo otros los consideran como un derecho natural de las personas el tener acceso a ellos, ya que ante un impedimento psíquico ó fisiológico no pueden tener hijos, y si los avances médicos les brindan la oportunidad de concebirlos, por qué no utilizarlos, además de que uno de los fines del matrimonio es el de perpetuar la especie.

Tomando en cuenta los beneficios de la fecundación asistida, hay algunos países tales como Alemania, Francia, Austria, Suecia, incluso el nuestro, que han seguido a Inglaterra en cuanto a la práctica de la reproducción asistida, los cuales al mismo tiempo están trabajando en la regulación de este tema, para tener una legislación especializada, acorde con los avances científicos de la fecundación asistida.

Es por ello que considero importante y necesario el presente trabajo de tesis en nuestro país, particularmente en el Distrito Federal, por ser esta la ciudad mas importante de México ya que ante los adelantos de la ciencia médica, específicamente en lo que se refiere a la fecundación asistida, nace la maternidad o la paternidad sustituta y con ello ciertas implicaciones legales como lo es que si tendrán derecho a heredar los hijos nacidos por fecundación asistida sobre el patrimonio de sus padres naturales ó legales, aunque con

estos últimos no tengan nexos biológicos. De igual forma el supuesto que se presenta cuando se viola el secreto del nombre del aportador del gameto, y se establece una filiación entre ellos, tendrá derecho a heredar a su padre natural, ya que la Ley establece que tendrán derecho a heredar por sucesión legítima, en primer lugar, los descendientes, por ejemplo.

Lo anterior se presenta ante la falta de una legislación especial, acorde con los avances científicos, que regule la reproducción asistida y las demás figuras jurídicas que con ella están relacionadas como son el Derecho Penal, el matrimonio, la sucesión legítima y la filiación, siendo esta última sobre la que versa el presente trabajo de investigación.

Es de vital importancia dicha regulación ya que, como se ha mencionado, la tecnología médica para la fecundación asistida ya está en práctica en varios países, incluso aquí en México ya hay personas que la han utilizado como método terapéutico para poder tener hijos ante la imposibilidad física ó psíquica de uno o de ambos cónyuges de procrear de manera natural. Por lo tanto, creo que la práctica de la fecundación asistida aumentará en nuestro país, conforme sus habitantes vayan utilizando este tipo de concepción.

Por lo antes anotado, consideramos que el artículo 293 en su párrafo segundo carece de una redacción adecuada y explícita para que no haya dudas sobre la filiación del hijo así concebido ni los grados de parentesco, lo cual ahorrará un sinnúmero de problemas para los que utilicen este medio de reproducción, puesto que nuestra legislación solo contempla el acceso a este tipo de reproducción, a los cónyuges y concubinos, dejando a un lado a las personas solteras, lo cual evidentemente no satisface en forma alguna el reclamo social, por lo cual se sugiere en el presente trabajo que las mujeres solteras en especial tenga libre acceso a dicho método de reproducción, bajo el abrigo de la ley.

CAPÍTULO PRIMERO

I.- RELACIÓN JURÍDICA PATERNO-FILIAL EN EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El capítulo que a continuación vamos a exponer, como su nombre lo indica, tiene como propósito principal que en éste, se analice la regulación que de la relación jurídica paterno-filial hace el Código Civil para el Distrito Federal al respecto. Por lo anotado, será oportuno precisar lo siguiente:

1.1. El parentesco y sus clases.

De acuerdo con la doctrina, el parentesco es la fuente primaria de la familia, considerándolo como: "la situación permanente que se establece entre dos o más personas, por virtud de la consanguinidad, el matrimonio o de la adopción, para originar de manera constante un conjunto de consecuencias de derecho."¹

El nexo jurídico que existe entre los descendientes de un progenitor común, entre un cónyuge y los parientes del otro cónyuge, o entre adoptante y adoptado, se denomina parentesco. Los sujetos de esa relación son entre sí, parientes. El grupo de parientes y los cónyuges constituyen la familia.

Así pues, el parentesco, al mismo tiempo que vincula a los miembros de la familia, limita el círculo del grupo familiar. Los derechos y deberes que se

¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. T.XI. 10ª edición, Edit. DrisKill, Argentina, 2000. p. 1041.

originan entre parientes en razón de pertenecer a un determinado grupo familiar, parten de un supuesto previo: la existencia del parentesco.

1.1.1. Generalidades.

En otras palabras, el parentesco, no es sino la adscripción de una persona a una determinada familia.

Los tratadistas extranjeros y particularmente los civilistas franceses, no se ocupan en una manera especial en el estudio del parentesco, si no es a través del estudio que realizan sobre la filiación o sea el nexa jurídico entre padres e hijos. Éste es ciertamente, el vínculo de parentesco más fuerte y directo que puede existir entre dos personas. Pero cuando la importancia de la familia como grupo social que comprende no sólo a los hijos, sino a los hermanos, los tíos y demás parientes, ha adquirido particular relieve en el Derecho Civil, es preciso analizar separadamente el nexa jurídico que une y da cohesión al grupo familiar, como institución jurídica, establece entre sus miembros una solidaridad natural y por decirlo así, espontánea.

Es el parentesco, una manifestación primaria de la solidaridad social. Halla su razón de ser original, en los lazos de afecto que derivan de la comunidad de sangre, del matrimonio y de la adopción.

Generalmente, se señalan como fuentes constitutivas del parentesco, es decir, como fuentes de la familia, el matrimonio, la filiación y la adopción.

En nuestro derecho y de acuerdo con el Código Civil para el Distrito Federal, propiamente la adopción no es fuente de parentesco ni por consiguiente, de la familia; sólo establece un vínculo de filiación entre el adoptante y el adoptado. A esta situación nos referiremos pronto.

"El matrimonio es fuente del parentesco por afinidad; el parentesco consanguíneo tiene como única fuente la filiación. El matrimonio por lo que se refiere al parentesco, tiene importancia respecto a la prueba de la filiación. En efecto, hijos nacidos de una mujer casada se reputan hijos del marido y por lo tanto la filiación de los hijos nacidos de matrimonio, se prueba con la partida de nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres."²

El matrimonio sólo es fuente de parentesco por afinidad. Es, sin embargo, un medio de prueba casi indestructible de la filiación y por lo tanto, del parentesco.

A efecto de tener una adecuada comprensión al respecto, será oportuno precisar lo siguiente:

² MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 8ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990. p. 203.

1.1.2. Parentesco consanguíneo.

El texto original del artículo 293 del código civil de 1928 establecía: "EL parentesco consanguíneo, es aquél vínculo jurídico que existe entre las personas que descienden unas de otras o que, sin descender unas de otras, proceden de un mismo autor o progenitor común". Actualmente reza así: "El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común"

En esta clase de parentesco, encontramos que la relación intersubjetiva puede ser en línea recta o en línea transversal o colateral. La línea recta se compone con la serie de grados entre las personas que descienden unas de otras; y la transversal se compone, también, de la serie de grados entre las personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un mismo autor o tronco común, (artículo 297 del Código Civil para el Distrito Federal).

Por otra parte, la línea recta puede considerarse de dos maneras: línea recta ascendente o línea recta descendente. Ascendente cuando liga a una persona con su progenitor o tronco del cual procede; y descendente, cuando atiende a la liga entre una persona y las que de ella descienden. Entonces, la línea recta puede ser ascendente o descendente, dependiendo del punto de partida y la relación a la que se atiende, (artículo 298 del Código Civil para el Distrito Federal).

En cuanto a la línea colateral, los grados de parentesco se computan contando el número de generaciones entre el individuo en cuestión, hasta el progenitor o autor común, y descendiendo por la otra línea hasta la persona

con la cual se le relaciona. En el caso de que se prefiera contar el número de personas y no el de las generaciones, se sigue el mismo recorrido, pero descontando o excluyendo a la persona del autor común, (artículo 300 del Código Civil para el Distrito Federal).

1.1.3. Líneas de parentesco.

En nuestro derecho, el concepto jurídico de parentesco comprende, de conformidad con el artículo 292 del Código Civil para el Distrito Federal:

- a) A las personas unidas entre sí, por lazos de sangre (parentesco consanguíneo).
- b) A los sujetos que por ser parientes de uno de los cónyuges, son también parientes en el mismo grado, del otro cónyuge (parentesco por afinidad), y
- c) A quienes une el acto de declaración de voluntad denominado adopción (parentesco civil).

Las personas que descienden de un tronco común, reconocen y se identifican entre sí a través de la identidad de la sangre. De allí el parentesco consanguíneo. Este parentesco nace de un hecho natural: como lo es la

paternidad y la maternidad. A la relación de parentesco entre padres e hijos, se le denomina filiación.

"El Derecho Civil actual, recogió el sistema cognaticio y el parentesco se origina tanto por la línea paterna como por la línea materna, según que se atienda al nexo que une a una persona respectivamente con su padre o con su madre, parentesco que establece un vínculo doble, tanto con los parientes paternos como con los parientes maternos. Una misma persona, en la línea ascendente se halla ligada por parentesco con los parientes de su padre y con los parientes de su madre."³

El parentesco será directo, o en línea recta, si se refiere a la relación que existe entre ascendientes y descendientes. Será transversal o colateral, si se refiere al nexo que liga a las personas que sin descender unas de otras, provienen de un progenitor común.

En el Derecho Romano, se distinguía el parentesco natural conocido como cognatio del parentesco civil conocido como agnatio.

"La cognatio resultaba entre los romanos del hecho natural de la generación. La cognatio, por derivar sólo de un hecho natural, es decir, del nacimiento, establecía una relación de descendencia entre el padre y la madre y su hijo."⁴

³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 14ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 361.

⁴ PETTI, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. 10ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 467.

Dada la organización eminentemente patriarcal de la familia romana, aparte de la *cognatio*, que sólo servía para señalar el hecho biológico de la paternidad y de la maternidad, el parentesco desde el punto de vista jurídico, se establecía a través de otra institución: la *agnatio*, que liga fuertemente a la autoridad del pater familias, centro de desarrollo de la familia romana.

En tanto que la *cognatio* es el vínculo que une a los ascendientes con los descendientes, a través de la *agnatio* "se constituyó el parentesco por vía de varones únicamente. Aludía a los descendientes varones de un pater familias común, que se hallaban colocados bajo la autoridad de éste o que se encontrarían bajo esa sumisión si el jefe del grupo familiar viviera."⁵

La agnación excluía la existencia de todo parentesco entre dos hermanos uterinos hijos de una misma madre, pero de distinto padre; en cambio los hermanos de madres distintas y de un mismo padre, son agnados.

Difiere el sistema romano del actual, al establecer el parentesco y construir el grupo familiar, porque en el Derecho Civil moderno, el lazo de parentesco se establece bajo el régimen semejante al *cognaticio* romano, en el que la filiación se establece en forma mixta, es decir, a la vez tomando en cuenta al padre y a la madre.

⁵ *Ibidem.* p. 468.

“Este sistema va desde la estricta agnación de los primeros tiempos hasta la cognación reconocida por Justiniano en el Derecho Romano del Bajo Imperio.

- a) Parentesco en línea recta ascendente (parientes) o descendente (liberi).
- b) Parentesco en línea colateral (a través de hermanos propios o hermanos de ascendientes o descendientes).
- c) Parentesco adfines, es decir, entre un cónyuge y los parientes en línea recta o colateral del otro. Si este último parentesco se extinguía al disolverse el matrimonio en que se fundaba, es cuestión que se presta a controversia.”⁶

Para establecer el parentesco consanguíneo, debe partirse del hecho natural de la gestación, es decir, el punto de partida es la filiación. Si ésta ha sido comprobada, quedará establecida la línea de parentesco con los ascendientes y parientes colaterales de la madre y del padre si éste es conocido.

1.1.4. Parentesco por afinidad.

El parentesco de afinidad es el que se adquiere por matrimonio o concubinato, entre el hombre y la mujer y sus respectivos parientes consanguíneos. (Artículo 294 del Código Civil para el Distrito Federal).

⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 302.

En este tipo de parentesco, se combinan la institución matrimonial y el parentesco por consanguinidad; así, el marido entra en relación de parentesco por afinidad o alianza, con los ascendientes, descendientes y colaterales de su mujer, y lo propio podemos decir de la mujer respecto de los parientes de su marido.

El parentesco por afinidad produce consecuencias muy restringidas y de características especiales, puesto que esas consecuencias se generan únicamente cuando el vínculo de parentesco se destruye, es decir, cuando ya no existe el parentesco por afinidad, a causa de divorcio, nulidad del matrimonio o por viudedad, es cuando el Derecho Mexicano impone la prohibición para el matrimonio entre los que se encontraban en relación de alianza en la línea recta, así como privar a los sujetos vinculados por este parentesco, del derecho a heredarse en la vía intestamentaria, (artículo 1603 del Código Civil para el Distrito Federal).

1.1.5. Parentesco Civil.

El parentesco por adopción se desprende del acto jurídico mixto por el que una persona obtiene la patria potestad sobre una persona a la que no procreó biológicamente, la cual crea entre ellas una relación jurídica artificial que produce las mismas consecuencias de una procreación legítima dentro del matrimonio.

Es procedente precisar que el Código Civil para el Distrito Federal, aparentemente, ha descartado la figura de la adopción simple, pero en su artículo 410-D, conserva reminiscencias de la adopción simple, por lo que son aplicables las previsiones de los artículos 293, tercer párrafo, y 295 del Código Civil para el Distrito Federal, es decir, cuando la adopción se decreta como adopción plena, el parentesco se considera como si fuera parentesco consanguíneo, quedando vinculado el adoptado con todos los parientes del adoptante, como si fuera su hijo biológico. Pero si se actualizan las hipótesis del artículo 410-D, del Código Civil para el Distrito Federal, el adoptado solamente es pariente del adoptante o adoptantes, en forma exclusiva; Es decir se crea la figura denominada parentesco civil.

1.1.6. Consecuencias jurídicas del parentesco.

Toda consecuencia jurídica se manifiesta forzosamente en la forma de deberes y derechos. Los deberes a su vez, pueden consistir en imposición de conductas obligatorias, o en prohibiciones.

Los deberes-derechos emergentes del parentesco son diferentes de acuerdo a la clase y al grado del mismo. Así el parentesco en línea recta de primer grado (padres-hijos) produce consecuencias específicas y distintas a otros parentescos, tales como la patria potestad, el derecho al nombre, entre otras, que se analizan dentro de la figura de la filiación.

Las consecuencias jurídicas del parentesco, básicamente son las siguientes:

- a) "Obligación alimentaria.
- b) Sucesión legítima.
- c) Tutela legítima.
- d) Prohibiciones diversas, y otras consecuencias, como atenuantes y agravantes de responsabilidad penal."⁷

Estas consecuencias son siempre recíprocas entre los parientes. La obligación alimentaria, la sucesión legítima y la tutela son instituciones que se analizan por separado.

Las prohibiciones son de diversa naturaleza. La principal consiste en el impedimento para contraer matrimonio entre todos los parientes en línea recta sin limitación de grado y en la línea colateral hasta el segundo grado (hermanos y medios hermanos). Aunque la ley determina como impedimento para contraer matrimonio el parentesco colateral en tercer grado tío(a), sobrina(o), señala también que este parentesco deja de ser impedimento al obtener la autorización judicial.

Otro tipo de prohibiciones establece la ley en razón del parentesco, se encuentran dispersas en diversos ordenamientos jurídicos, que pueden generalizarse como prohibiciones para intervenir en ciertos actos jurídicos en

⁷ DE PINA, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. 13ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 285.

los que esté involucrado un pariente, o en el mayor o menor rigor de la ley, sobre todo en materia penal. En forma simplemente ejemplificativa enumeraremos algunas normas de los Códigos Civil, de Procedimientos Civiles, Penal y de Procedimientos Penales.

El Código Sustantivo prohíbe al Juez del Registro Civil autorizar los actos del estado civil de sus ascendientes y descendientes consanguíneos o por afinidad, incapacita para heredar al médico que atendió al autor del testamento en su última enfermedad, y a los parientes del propio médico, salvo que uno u otros sean a su vez parientes del testador, así como al notario, testigos y a los parientes de uno y otro; prohíbe ser testigos del testamento a los ascendientes, descendientes y hermanos de los herederos o legatarios y no permite a los hijos, sujetos a la patria potestad, vender a sus padres los bienes que no sean producto de su trabajo.

El Código Procesal es abundante en prohibiciones a los parientes, por ejemplo, el artículo 170 en sus fracciones II, III, IV, V, XI, XIII y XIV impide forzosamente a todo Magistrado, Juez o Secretario, conocer de los casos en que intervengan sus parientes, el perito que sea consanguíneo dentro del cuarto grado de alguna de las partes puede ser recusado (artículo 351 del Código de Procedimientos Civiles), el testamento de los parientes puede ser objeto de tacha en algunas circunstancias (artículo 363 del Código de Procedimientos Civiles).

El Código Penal recoge en variadas normas las relaciones de parentesco entre el inculpado y la víctima, tanto en la aplicación de las sanciones, como excluyente de responsabilidad o como agravante de la misma en los delitos de corrupción, violación, incesto, parricidio, infanticidio, agravante de traición y otros más. Así mismo, los parientes no están obligados a declarar en el juicio.

Las más importantes consecuencias del parentesco por consanguinidad no son extensivas a este tipo de parentesco. Así, los afines no tienen el derecho-deber de los alimentos, no entran en la sucesión legítima ni son tomados en cuenta para la tutela. Mientras subsiste el parentesco por afinidad la ley hace extensiva a los afines algunas de las prohibiciones enumeradas con relación al parentesco por consanguinidad. Y cuando la causa que dio lugar a la afinidad deja de existir, o sea, cuando el matrimonio que la originó se ha disuelto, surge el impedimento para contraer matrimonio entre uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos en línea recta de su excónyuge. Es decir, el varón no puede contraer matrimonio con la madre, abuela, hija o nieta de su exmujer; y ésta tampoco podrá casarse con su otrora suegro o el hijo del que fue su marido.

“La afinidad presenta en otras legislaciones matices diferentes a la nuestra. En algunas de derecho a alimentos (Argentina, por ejemplo); derecho

que persiste aún en el caso de extinción del matrimonio que dio lugar al parentesco por afinidad.⁸

Surge la interrogante con respecto a la afinidad cuando el matrimonio que la originó es declarado nulo. ¿Subsistirá el impedimento para contraer matrimonio entre los que fueron parientes afines en línea recta? El Código Civil para el Distrito Federal es omiso al respecto. La doctrina se ha expresado en el sentido de tomar en cuenta la buena o mala fe de los cónyuges para determinar si persiste o no el efecto de la afinidad en el impedimento para contraer el matrimonio aludido.

El parentesco por afinidad, pensamos, debiera crear en nuestro derecho la obligación alimentaría en razón de las circunstancias particulares en que se hayan desenvuelto las relaciones familiares, y siempre a criterio judicial. Por ejemplo, el hijo menor de edad de uno solo de los cónyuges que vive en el hogar conyugal, extinto el mismo por la muerte de su progenitor, debiera tener derecho a alimentos por parte del que fuera su padre o madre por afinidad.

El mismo caso, con respecto al padre o madre por afinidad que hayan sido dependientes económicos de los hijos afines, compartiendo o no el hogar conyugal. El descartar totalmente del derecho de alimentos a ciertos afines y en

⁸ PLANIOL, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. 18ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1995. p. 366.

ciertas circunstancias, puede dar lugar a serias injusticias y a la desintegración mayor del núcleo familiar.

Debe de tenerse en cuenta que la adopción extingue la filiación preexistente entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo para los impedimentos del matrimonio. En el supuesto que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, no se extinguirán los derechos, obligaciones y demás consecuencias jurídicas que resultan de la filiación consanguínea, lo anterior en términos del artículo 410-A del Código Civil para el Distrito Federal.

1.2. Paternidad Latu Sensu.

El concepto de paternidad, en sentido amplio, se refiere a la procreación desde el punto de vista natural o biológico, pues contempla a las relaciones surgidas del hecho del nacimiento, entre ascendientes y descendientes, es decir, entre las personas que descienden unas de otras. Tal y como se contempla en el artículo 337 del Código Civil para el Distrito Federal.

"Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el juez del Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, no podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad."

“Desde los albores de la civilización, se consideró que la relación entre madre e hijo era indudable: Mater semper certa est; pues la gestación y el alumbramiento son fenómenos naturales visibles y comprobables por diversos medios, pero no fue siempre así respecto de la relación con el padre. Es por ello que la posición sociológica al respecto, fue conocida como el período del matriarcado familiar.”⁹

El avance cultural de los conglomerados sociales permitió que se comprendiera que el varón podría constatar su procreación mediante el aseguramiento de una convivencia exclusiva y fiel con su pareja; así surgió la monogamia, con la intención de garantizar que todos los hijos que una mujer alumbrara, tuvieran la presunción de ser, al mismo tiempo, hijos de su marido. Con lo que surgió el período del patriarcado familiar.

1.2.1. Paternidad Strictu Sensu.

Por razones de método, estudiaremos en primer término la relación entre el padre y los hijos, aunque dejamos aclarado en los párrafos anteriores que, históricamente; se contempló primero a la maternidad.

⁹ MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil. T.III. 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 2001. p. 364.

La intervención del varón en la función reproductiva, es realmente breve y casi instantánea, como en la mayoría de los mamíferos, pues consiste en la fecundación de la mujer con los gametos masculinos, con lo que culmina su participación.

Nuestro derecho contempla esta situación en diversos ordenamientos legales y reglamentarios, pero este trabajo de investigación se concreta a determinados aspectos de carácter eminentemente familiar y civil, por lo que nos concentraremos en las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, de lo cual se infiere, que la paternidad se presume y la maternidad siempre es cierta e incluso para investigar la paternidad y maternidad de los padres, ésta sólo se podrá hacer en vida de los padres, salvo que los padres hubieren fallecido durante la menor edad de los hijos, pues éstos tienen derecho de intentar la acción antes de que cumplan cuatro años de su mayor edad, como lo señala el artículo 388 del Código Civil para el Distrito Federal.

1.2.2. Maternidad.

La naturaleza ha dotado a la mujer de los órganos, sistemas y medios biológicos, para cumplir la importante función de la procreación y cuidado de los hijos, por lo que su participación en ésta es más intensa y fatigante, ya que es dentro de su cuerpo en donde se realiza la fecundación, anidación y

gestación del nuevo ser, a lo largo de, más o menos, 270 días. Es por ello que sufre cambios internos y externos que acreditan su estado de gravidez y permiten comprobar su parto; dando lugar a la determinación de la certidumbre en cuanto a la maternidad, y así lo reconoce nuestro Código Civil; Sin embargo, actualmente aunque exista la presunción legal de la maternidad de una determinada mujer por haber gestado al infante en su vientre, ésta madre biológica, no necesariamente es su madre legal, como lo veremos mas adelante.

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

por virtud del hecho jurídico de la procreación, para mantener vínculos constantes entre el padre, o la madre y el hijo.¹⁰

De lo antes transcrito, entendemos que la filiación constituye un estado jurídico, derivado de la procreación natural, que el derecho toma en cuenta para atribuirle múltiples consecuencias que se traducen en derechos, obligaciones y sanciones que se están renovando constantemente, de tal manera que, durante el tiempo en que se mantenga esta situación, se continuarán produciendo tales consecuencias.

Atendiendo a las precisiones del erudito francés Marcel Planiol, para los efectos de este trabajo de investigación, hablaremos de la filiación en su connotación estricta. Y desde este punto de vista, la filiación puede ser:

- a) "Filiación Legítima.- Que es el vínculo jurídico que se crea entre el hijo concebido dentro del matrimonio con sus padres, aunque sabemos que nuestro derecho exige que el hijo sea concebido durante el matrimonio de sus padres, puede presentarse la hipótesis de que el hijo nazca cuando el matrimonio de éstos se hubiere disuelto por muerte del marido, divorcio o nulidad, y también que el hijo hubiera sido concebido antes de celebrarse el

¹⁰ PLANIOL, Marcel. Op. cit. p. 42^o

matrimonio; en ambos supuestos, la legitimidad se determina por virtud de su concepción y no por el momento de su nacimiento."¹¹

b) Filiación Natural.- Es la que corresponde al hijo que fue concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio. Esta filiación natural se subdivide en tres posibilidades:

- "Filiación natural simple.- Es aquélla que corresponde al hijo concebido cuando su madre no estaba unida en matrimonio, pero que podía celebrarlo legalmente con el progenitor.

- Filiación natural adulterina.- Se llama así cuando el hijo es concebido por la madre estando ésta casada con un hombre distinto del progenitor, o cuando éste es el que está casado con otra mujer."¹²

- Filiación natural incestuosa.- Se presenta cuando el hijo es procreado por parientes en el grado que la ley impide la celebración del matrimonio, sin haber obtenido la dispensa correspondiente.

¹¹ MONTERO DUHALT, Sara. Op. cit. p. 293.

¹² GALINDO GARFIAS, Ignacio. Op. cit. p. 361.

- c) Filiación Legitimada.- Es aquélla que corresponde a los hijos que, habiendo sido concebidos antes del matrimonio de sus padres, nacen durante el, o éstos los reconocen antes, durante o posteriormente a su celebración.

El estado jurídico de filiación, normalmente parte del hecho biológico de la concepción, el que crea el vínculo de la consanguinidad, pero además, intervienen otras circunstancias que el derecho reconoce y que no necesariamente corresponden al hecho de la procreación, como ocurre con el frecuente reconocimiento de hijos, o en la filiación adoptiva, derivada de la adopción plena, en donde la ley da al adoptado el estado de hijo consanguíneo, aunque no se da el hecho biológico de la concepción por quien adquiere el estado de padre.

Ahora bien, como el estado de filiación puede establecerse dentro o fuera del matrimonio, a continuación analizaremos las consecuencias de ambas hipótesis.

Para el Doctor Gutiérrez y González, "el lazo de filiación que une al hijo con su padre es un secreto de alcoba. Es evidente que el derecho, apoyándose en el deseo absoluto de fidelidad de la esposa, presume que el niño que nazca

de una mujer casada tenga por padre al marido. Esta presunción constituye la base de la noción de la paternidad en nuestro derecho."¹³

Joaquín Escriche apunta que, "las palabras paternidad y filiación indican calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo."¹⁴

Conjugando ambos criterios, entendemos que el legislador mexicano reflexionó de igual manera, al establecer el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal, en los siguientes términos:

"Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio;

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

¹³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad y Derecho Sucesorio. 4ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 632.

¹⁴ ESCRICHE, Joaquín. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia. 3ª edición, Edit. Porrúa, México, 1990. p. 271.

Esta disposición, establece una presunción legal basada en el principio de que el hijo concebido durante el matrimonio tiene como padre al marido de la madre; presunción que puede desvirtuarse mediante la acción de impugnación de la paternidad del hijo dado a luz por la esposa, prevista en el artículo 325 de nuestro Código Civil, en el que se dispone:

“Artículo 325.- Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de 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, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

De manera que, uno de los medios de prueba que se le reconoce al pretendido padre, es el haberle sido físicamente imposible haber tenido acceso carnal con su cónyuge en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, y esta limitación se ve reforzada con los artículos inmediatos siguientes:

“Artículo 326.- El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

"Artículo 329.- Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, 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 los métodos de fecundación asistida a su cónyuge."

"Artículo 330.- En todos los casos en que el cónyuge varón impugne la paternidad, debe deducir la acción dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del nacimiento."

De este modo, aseveramos que es verdaderamente difícil para el marido engañado, impugnar la paternidad, sobre todo porque la acción de impugnación de la paternidad no podrá ejercitarse antes del nacimiento del infante, a pesar de que el marido conozca del engaño antes del alumbramiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 337 y siguientes del Código Civil para el Distrito Federal, antes citado.

"Artículo 337.- Para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de éstas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad."

Reforzando este argumento, en el artículo 374 de nuestro Código Civil, se dispone:

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

Por lo que ya en materia de este estudio, apuntaremos que, la ley presume hijos del matrimonio a los nacidos dentro de la vigencia del mismo; así como a los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del vínculo matrimonial; por lo cual los hijos nacidos en tales condiciones son hijos del marido, y ese hombre es el padre, por lo que estará sujeto a las obligaciones de la paternidad; empero, si éste hombre impugna la paternidad del menor, deberá hacerlo en los términos y condiciones que establecen los artículos 329 y 330 del Código Civil para el Distrito Federal; es decir dentro de los 60 días siguientes a que tuvo conocimiento del nacimiento, caso contrario y no ejercite la acción de impugnación de paternidad dentro del lapso de temporalidad concedido por la ley, habrá prescrito su derecho y consecuentemente será el padre del menor, sin importar que en forma posterior pretenda acreditar con prueba hematológica que pusiere de manifiesto una incompatibilidad de grupos sanguíneos con el supuesto hijo; así como en el caso de que acredite que no dio su consentimiento para que su mujer utilizara un método de inseminación artificial para procrear al menor.

Dicha medida tiene su justificación, puesto que el legislador al establecer dichas presunciones de paternidad, lo que busco fue el cuidar a la familia, dado que como es sabido por todos es la base de nuestra sociedad, y debe el estado procurar su unión y fortaleza.

Puesto, que de no ser así sería relativamente muy fácil que otro hombre se adjudicara la paternidad de un menor nacido en un matrimonio, al cual él no pertenece y crear conflictos que ponen en riesgo a la familia, sufriendo una crisis social, lo cual evidentemente preocupa a nuestros legisladores.

CAPÍTULO SEGUNDO

II.- LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

A continuación, vamos a tratar de explicar todo lo relacionado a la fecundación asistida en nuestro trabajo, como parte importante y medular del mismo, es por ello que, comenzaremos con algunos antecedentes de esta de manera general.

2.1. Antecedentes.

Frecuentemente nos encontramos, en los diversos medios de comunicación, con noticias sobre estudios y descubrimientos que nos parecen increíbles, relacionados con la reproducción humana.

"Históricamente, la inseminación artificial ha sido practicada con vegetales y animales. Los primeros experimentos fueron realizados sobre plantas. Al parecer, los primeros casos de inseminación artificial, fuera de la especie humana, se dieron alrededor de los años 1300 a 1332 de nuestra era, cuando los árabes trataban de reproducir al caballo de pura raza, sin embargo, es sólo un episodio legendario."¹⁵

"En 1725, primero Jacopi y luego Weltheim, obtuvieron la fecundación artificial de los huevos de salmón y de trucha. En 1777, Lázaro Spallanzani planteó el problema en términos científicos, realizando el procedimiento

¹⁵ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación Artificial. 3ª edición, Trad. de Baldomero Codón, Edit. Porrúa, México, 1998. p. 125.

inseminativo en ranas, lo que reportó felices resultados; más tarde, en 1782, logró la fecundación en una perra, de la que nacieron cachorros perfectamente normales.¹⁶

Por lo que respecta a seres humanos, "en el año 220 a.C., según una lectura del Talmud, se especulaba sobre la posibilidad de que una mujer casta y virgen, hubiera sido accidentalmente fertilizada por restos de semen en el agua del baño, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite tal aseveración."¹⁷

Hemos leído profusas notas sobre intentos, algunos que pecan de fabulosos y otros pocos creíbles; sin embargo, la verdadera inseminación artificial por vía mecánica, de acuerdo con la forma en que se prescribe este procedimiento, la logró el médico Marion Sims, en 1866, en Inglaterra, inyectando el esperma viril directamente en el útero de la mujer, consagrándose la fecundación asistida.

En 1868, apareció la Revista Médica en la que se daba cuenta de diez casos favorables y en 1884, el Profesor Pancoast, de Filadelfia, USA, reportaba la primera inseminación artificial heteróloga, con el semen de un donador sin la autorización de la mujer, pero con aprobación del marido.

¹⁶ Enciclopedia Salvat. 4ª edición, Edit. Salvat, España, 2000. p. 861.

¹⁷ ZARATE TREVIÑO, Arturo. Ginecología. 4ª edición, Edit. Diana, México, 2000. p. 131.

En México, en el año de 1944, el eminente ginecólogo, Dr. Manuel Mateos Fournier, presentó a la Asociación Nacional de Medicina de México, un trabajo intitulado **La Fecundación Artificial**.

Debido a la difusión y proliferación de la inseminación asistida, el Papa Pío XII se dirigió al Cuarto Congreso Internacional de Médicos Católicos, en el año de 1949, declarando su práctica como inmoral y la condenó sin apelación.

Para el año de 1950, se debían a la inseminación artificial, en Francia unos mil embarazos anuales, en Inglaterra seis mil embarazos y veinte mil en Estados Unidos de América.

"Igualmente, el Dr. Gutiérrez y González refiere que en 1957, en México, su colega el Licenciado Julio César Vera Hernández, realizó una encuesta a 150 médicos, de los cuales 21 confesaron haber intentado la técnica, 8 la aprobaron aunque no la practicaban y los demás la rechazaban."¹⁸

El mismo autor, precisa "que entre 1953 y 1968, surgieron los bancos de semen en los Estados Unidos, Japón, Bélgica, Dinamarca, Australia y Alemania. Y que en 1969, el Doctor George Sillo Seidel, de Frankfurt, Alemania, presentó un informe sobre una mujer que había sido tratada por él y fecundada con semen que había estado previamente congelado."¹⁹

¹⁸ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 628.

¹⁹ Ibidem. p. 629.

En cuanto a la técnica de FIVTE (Fertilización In Vitro y Transferencia de Embriones), la FIVTE (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión) es una técnica tomada y adaptada de la veterinaria. Los médicos empezaron a aplicarla durante los años setenta para conseguir dar hijos a matrimonios estériles.

La técnica se empleó inicialmente en mujeres cuya esterilidad era debida a obstrucción bilateral de las trompas de Falopio. Después se ha ido aplicando a casos de esterilidad femenina causada por otras enfermedades o de origen desconocido y a determinados tipos de esterilidad masculina.

En 1978, los doctores Steptoe y Edwards, un ginecólogo y un biólogo, fueron los primeros en conseguir dar descendencia a un matrimonio estéril mediante FIVTE.

La técnica que pusieron en práctica consistió en tomar un óvulo del ovario de la mujer, fertilizarlo en una placa de Petri con espermatozoides de su esposo e implantarlo en el útero de la mujer.

Este procedimiento se ha mantenido básicamente hasta el día de hoy; sin embargo, se han ido introduciendo algunas modificaciones, entre ellas una fundamental consistente: en que cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual resulta insuficiente para asegurar

un rendimiento aceptable del procedimiento, se recurre a practicar una hiperestimulación hormonal del ovario de la mujer a fin de provocar la maduración simultánea de varios folículos ováricos.

Se garantiza así, la recolección de óvulos en número óptimo, y aún sobrados para la realización de esta técnica, lo cual nos enfrenta a una problemática ético jurídica que trataremos en capítulos procedentes.

2.2. Técnicas que se practican.

Un nuevo ser es el fruto de la unión de la célula germinal masculina (el espermatozoide) con la célula germinal femenina (el ovocito u óvulo). Las células germinales reciben también el nombre de gametos.

Los gametos se producen en unas estructuras llamadas gónadas. Las gónadas masculinas son los testículos, las femeninas los ovarios.

Las gónadas además de producir las células germinales, también secretan a la circulación sanguínea unas sustancias llamadas hormonas. Las hormonas gonadales afectan todas las estructuras reproductivas y también la masa muscular, la masa ósea, la piel, la laringe (donde se emite la voz), y el cerebro mismo.

“Las hormonas producidas por los testículos son básicamente andrógenos. Las hormonas secretadas por los ovarios son principalmente

estrógenos y progesterona. El funcionamiento de las gónadas es regulado por una glándula localizada en la base del cerebro conocida como hipófisis.²⁰

Los espermatozoides son unas células microscópicas constituidas por una pequeña cabeza que contiene el material genético y una larga cola que les permite desplazarse.

Los espermatozoides producidos en el testículo pasan a un túbulo muy enrollado (el epidídimo) de donde, a través de los conductos deferentes llegan y son almacenados en las vesículas seminales. Durante el coito los espermatozoides son liberados de las vesículas seminales y mezclados con diferentes secreciones (líquido seminal) de glándulas del aparato reproductor, principalmente la próstata.

"En el ovario hay miles de pequeños quistes microscópicos conocidos como folículos; en cada folículo hay un ovocito (óvulo). Cuando empieza cada ciclo menstrual en la mujer comienzan a desarrollarse (crecer) varios folículos y a madurar sus ovocitos; los folículos y los ovocitos son estimulados por las hormonas de la glándula hipófisis. Normalmente, la mayor parte de los folículos que empezaron a crecer interrumpen su crecimiento, y un solo folículo con su óvulo (en el interior) prosigue su desarrollo. Cuando el folículo es maduro (alrededor de 20 mm de diámetro) se rompe y parte de su contenido (incluyendo el óvulo) es liberado y capturado por una estructura tubular

²⁰ ESPINOZA SARZA, Roberto. La Inseminación y su Problemática Jurídica. 8ª edición, Edit. Paidós, México, 1997, p. 206.

conocida como trompa de Falopio o salpinge. Este fenómeno, la ovulación, acontece 14 días antes del siguiente período menstrual. En una mujer con ciclos de 28 días se dará en el día 14 del ciclo; en una mujer con ciclos de 30 días en el día 16 del ciclo; y así sucesivamente.²¹

Lo que queda del folículo roto se convierte en una pequeña glándula de color amarillo (cuerpo amarillo) productora de la hormona progesterona. Si hay embarazo este cuerpo amarillo seguirá creciendo y produciendo progesterona. Si no hay embarazo el cuerpo amarillo se autodestruye, y los niveles de progesterona en la sangre disminuirán. Esta disminución de los niveles de progesterona afecta el revestimiento interno del útero (endometrio), que se desprende entremezclado con sangre durante la menstruación. Entre la ovulación y la siguiente menstruación pasan 14 días.

Durante el coito los espermatozoides son liberados en la vagina. Ascenden hacia el cuello uterino (cuello de la matriz) y se ponen en contacto con las secreciones de la mujer que allí se producen. Así se realiza la capacitación. Los espermatozoides suben por el interior del útero y se distribuyen a las dos trompas uterinas, aunque más del lado donde ha habido ovulación. En la porción de la trompa uterina cercana al ovario deben encontrarse con el óvulo. Aunque muchos espermatozoides inician el viaje hacia el óvulo, la mayoría se quedan en el camino y sólo unos cientos llegan a encontrarse con él.

²¹ GUTMACHER, Alán. Inseminación Artificial Humana. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2000. p. 301.

Los espermatozoides se adhieren al óvulo. Solamente uno de ellos logra penetrar la densa capa que protege al óvulo. Al entrar deja su cola afuera y el material genético de la cabeza se fusiona con el material genético del óvulo. Esto es la fertilización.

"A partir de este momento el óvulo está fertilizado y progresará su desarrollo para dar un individuo genéticamente diferente a sus padres, aunque con la mitad de la información genética proveniente de cada uno. El óvulo fertilizado se conoce durante los siguientes 14 días como pre-embrión y empezará a dividirse (2 células, luego 4, después 8 y así sucesivamente) mientras desciende por la trompa uterina y llegará así al interior del útero para implantarse y desarrollarse, formándose por un lado el bebé y por otro la placenta quien se encargará de su nutrición y protección."²²

Las distintas etapas, que transcurren desde la fecundación del gameto femenino con el masculino se han identificado de distintas maneras de acuerdo a la temporalidad del huevo o cigoto, así tenemos que se denomina preembrión a la vida que tiene el óvulo desde que se ha producido su fecundación, hasta los 14 o 16 días posteriores a dicha fecundación, estaremos frente a un embrión desde el momento de la anidación de dicho cigoto en la región del útero hasta aproximadamente tres meses, posteriormente se le denominará feto, durante el desarrollo del ser que va a nacer hasta el nacimiento del mismo.

²² Ibidem. p. 302.

El varón por autopreservación tiene la posibilidad de pedir que guarden su semen y que éste sea congelado, en los siguientes casos:

a).- En caso de estar desplazándose constantemente y su presencia no coincide con los períodos fértiles de su pareja.

b).- En el supuesto en que el varón vaya a ser sometido a una cirugía de próstata, vasectomía, cirugía testicular o a quimio y radio terapia.

En la actualidad la mayor demanda de los bancos de semen es en parejas por segundas nupcias.

El procedimiento es muy simple: después de una entrevista en donde se le explica al dador o donador los alcances y consecuencias, se procede a realizarle diversos análisis con el fin de verificar que el donante se encuentre en perfectas condiciones físicas; posteriormente se realiza una prueba de congelación-descongelación con análisis de la calidad final de la muestra para asegurar que el semen es apto para la congelación y en caso de reunir los requisitos se procede a congelar la muestra mediante el sistema mencionado líneas arriba.

Esta muestra posiblemente permita obtener hasta 4 o 5 unidades-óvulos; cada una equivale a una dosis de inseminación. Habitualmente se requieren como máximo 5 dosis para lograr el embarazo de una mujer normal.

2.2.1. La Inseminación Artificial.

Debemos iniciar por precisar que la inseminación es mal llamada artificial, puesto que no se trata de una técnica en la que intervengan elementos antinaturales, sino que se consigue al aproximar los gametos sexuales en un grado de acercamiento tal que facilite la fecundación. Pero para los objetivos planteados en este trabajo recepcional, seguiremos dándole esa denominación, en atención a que casi todos los instrumentos bibliográficos le atribuyen ese nombre.

La palabra fecundación, en su significado etimológico, deriva del verbo latino "fecundare que significa hacer productiva una cosa, por vía de generación u otra semejante."²³

Desde el punto de vista de la fisiología, "fecundación es el acto de impregnación del elemento femenino (óvulo) por el masculino (polen o espermatozoide). En la especie humana se produce naturalmente por la cópula, o sea, por la introducción del órgano masculino eréctil, en la vagina de la mujer."²⁴

En sentido obstétrico, la palabra fecundación "es la penetración del espermatozoide dentro del óvulo, dando por resultado un nuevo ser."²⁵

²³ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. 8ª edición, Porrúa, México, 2000. p. 101.

²⁴ Enciclopedia Médica del Hogar. 2ª edición, Edit. Salvat, México, 2001. p. 301.

²⁵ *Ibidem*. p. 302.

Inseminación es el medio o medios de que se dispone para poner en contacto los dos elementos ontogénicos que proceden de distintos órganos de los llamados macho y hembra.

"Es evidente la diferencia entre estos dos conceptos, pues mientras la fecundación se origina en forma natural, por medio de la cópula, la inseminación es el medio o medios que se emplean para unir los dos elementos: el masculino (espermatozoide) y el femenino (Óvulo). Lo artificial viene siendo la forma y los instrumentos que se emplean para fecundar a la hembra, sin la intervención directa e inmediata de la naturaleza."²⁶ Por ello estamos de acuerdo con la denominación propuesta por el Médico mexicano, el Dr. Rubén Quintero Monasterios, quien acertadamente la llama **Inseminación terapéutica**.

El mismo investigador proporciona la siguiente definición: "Es el procedimiento terapéutico por el cual el semen o los espermatozoides del esposo, o en otros casos de un tercero denominado donante, son introducidos mediante maniobras instrumentales, en el tracto genital de la mujer."²⁷

Para el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, la inseminación artificial, en forma genérica, es, "el encuentro del espermatozoide y del óvulo, en el genital adecuado de la hembra-Útero por la introducción del esperma del macho, con el empleo de medios mecánicos, esto es, sin necesidad del contacto sexual."²⁸

²⁶ ESPINOZA SARZA, Roberto. Op. cit. p. 196.

²⁷ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p. 286.

²⁸ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Op. cit. p. 608.

Finalmente, para Raymond Rambaur, "la inseminación artificial consiste en la introducción del esperma en el interior de los órganos genitales femeninos, mediante un procedimiento distinto al contacto sexual normal."²⁹

Técnica:

El semen se coloca en el orificio externo del cuello uterino, el semen debe introducirse en la cavidad uterina, es preferible utilizar semen fresco, ya que el proceso de congelación y descongelación disminuye su capacidad de fecundación.

La inseminación con semen de donador ha sido dejada, hasta ahora, al criterio del médico tratante. El sujeto que dona el esperma deberá ser debidamente sometido a estudios y debe tenerse cuidado en cuanto al grupo sanguíneo RH; que el semen sea de excelente calidad; que pertenezca al mismo grupo étnico de la mujer, que posea una buena salud e inteligencia; que no padezca enfermedad transmisible o una problema genético importante en su familia, y debe ser confiable.

Variantes.

En los Estados Unidos de América, durante las guerras de Corea y Vietnam, se realizaron múltiples inseminaciones a petición de los soldados que se encontraban en los frentes de batalla, principalmente los que habían contraído matrimonio antes de su destinación y no habían fecundado a sus esposas.

²⁹ RAMBAUR, Raymond. La Inseminación Artificial Homóloga. 2ª edición, Edit. Diana, México, 1999. p. 276.

Al método empleado por los cuerpos de sanidad del Ejército americano se les conoce como "Teleinseminación o Eutelegenesia (Reproducción a larga distancia) y consiste en depositar directamente el semen en un frasco de vidrio esterilizado y seco, mismo que se conserva, a una temperatura superior a los 5° C, durante un tiempo máximo de doce días. Plazo suficiente para que el fluido sea enviado a su destino y se proceda a inseminar a la esposa del solicitante, con su propio semen, y así tener descendencia legítima dentro de su matrimonio."³⁰

Recientemente, en el mes de marzo de 2004, a través de una nota informativa difundida en el noticiero vespertino de Televisión Azteca, observamos que se está experimentando una técnica adicional, consistente en efectuar una minúscula obturación en la membrana exterior del óvulo (capa pelúcida) para facilitar la penetración del espermatozoide. A esta técnica se le ha denominado **Eclosión Artificial**.

2.2.2. Fecundación In Vitro y Transferencia de Embriones (FIVTE).

La FIVTE, (Fecundación In Vitro con Transferencia de Embrión) es una técnica tomada y adaptada de la veterinaria. Los médicos empezaron a aplicarla durante los años setenta para conseguir dar hijos a matrimonios estériles.

³⁰ LEÓN FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de Inseminación Artificial en Seres Humanos. 4ª edición, Edit. Depalma, Argentina, 2000. p. 166.

La técnica se empleó inicialmente en mujeres cuya esterilidad era debida a obstrucción bilateral de las trompas de Falopio. Después se ha ido aplicando a casos de esterilidad femenina causada por otras enfermedades o de origen desconocido, y a determinados tipos de esterilidad masculina. Sobre las causas de esterilidad, haremos una explicación más amplia en apartados posteriores.

"En 1978, los Doctores Steptoe y Edwards, un ginecólogo y un biólogo, fueron los primeros en conseguir dar descendencia a un matrimonio estéril mediante FIVTE. La técnica que pusieron en práctica consistió en tomar un óvulo del ovario de la mujer, fertilizarlo en una placa de Petri con espermatozoides de su esposo, e implantarlo en el útero de la mujer."³¹

Este procedimiento se ha mantenido básicamente hasta el día de hoy, sin embargo, se han ido introduciendo algunas modificaciones, entre ellas una fundamental: En cada ciclo ovárico espontáneo de la mujer se produce ordinariamente un solo óvulo, lo cual resulta insuficiente para asegurar un rendimiento aceptable del procedimiento, se recurre a practicar una hiperestimulación hormonal del ovario de la mujer a fin de provocar la maduración simultánea de varios folículos ováricos.

³¹ Ibidem. p. 167.

Se garantiza así la recolección de óvulos en número óptimo, y aún sobrados para la realización de esta técnica, lo cual nos enfrenta a una problemática ético jurídica que trataremos en capítulos procedentes.

Los óvulos que se recogen en número plural, (lo ordinario es de seis a diez) son inmediatamente fecundados, pues son células de corta supervivencia. Como no se pueden conservar vivos mucho tiempo ni resisten bien el proceso de conservarlos en estado de congelación para descongelarlos después, hay que fecundarlos pronto, con lo que se obtiene un elevado número de embriones.

Como una vez fecundados no se pueden transferir a la madre de todos los embriones resultantes, por el peligro de producir un embarazo múltiple que difícilmente llegaría a término, se intenta conservar los embriones en estado de congelación para transferirlos en ciclos sucesivos (los embriones resisten mejor la congelación que los óvulos sin fecundar).

En cada ciclo se transfieren a la mujer unos pocos embriones, normalmente tres, para evitar el riesgo de un embarazo múltiple que se seguiría en caso de transferir un número mayor. Si es posible, siempre se transfiere más de uno, para garantizar así la mayor tasa posible de éxito.

Tras la transferencia de algunos embriones producidos, quedan embriones sobrantes que, congelados, podrán emplearse para ulteriores

transferencias; en caso de que falle la primera transferencia que se ha realizado, se descongelan y se transfieren a la madre parte o todos los embriones disponibles, previendo no producir un embarazo múltiple.

Estimulación ovárica y seguimiento folicular.

Toda pareja que se someta a esta técnica de reproducción asistida deberá realizar una serie de estudios previos al procedimiento, para evaluar las cantidades de hormonas existentes en el torrente sanguíneo de la mujer, entre otros estudios.

Primeramente, para establecer la normalidad de la cavidad uterina, se realizará una evaluación prequirúrgica, así como también se estudiará la calidad de los gametos, tanto los femeninos como masculinos.

Durante esta etapa los medicamentos utilizados tienen la finalidad de estimular a los ovarios para que produzcan varios ovocitos maduros en lugar de uno sólo, situación que ocurre espontáneamente cada mes. Existe consenso en que las posibilidades de lograr el embarazo son mayores si se fertilizan y transfieren más de un ovocito por ciclo de tratamiento.

El tratamiento farmacológico consiste en interrumpir el ciclo menstrual de la mujer, mediante estimuladores inhalados, para evitar que algún folículo maduro provoque la formación del cuerpo amarillo y la consiguiente

disminución en los niveles de progesterona, que impediría la maduración de otros folículos en formación.

Adicionalmente se inicia con el incremento en los niveles de hormonas humanas femeninas, fundamentalmente estrógenos, estradiol y luteína en dosis concentradas, para estimular la producción de ovocitos.

Rescate o aspiración de ovocitos.

"La aspiración de los óvulos se realiza por vía trans-vaginal bajo control ecográfico. Este es un procedimiento que se realiza en quirófano, con anestesia general, aunque puede realizarse con anestesia local y analgésicos. El transductor ecográfico (Ultrasonido) se coloca en la vagina y emite ondas de alta frecuencia, las cuales se transforman en imágenes de los órganos genitales en el monitor. Cuando se identifican los folículos maduros se guía a través de la vagina una delgada aguja que aspira los ovocitos de los folículos."³²

Otra forma de aspirar los folículos es con laparoscopia; el cual es un procedimiento realizado en quirófano y con anestesia general. A través de una pequeña incisión a nivel del ombligo, se coloca un delgado tubo (laparoscopio). Mirando a través del laparoscopio se dirige la aguja hacia los folículos ováricos para aspirar los ovocitos y el líquido folicular.

³² SOBREROS, Aquiles. La Inseminación Heteróloga. 4ª edición. Trad. de José Sánchez. Edit. Haria. México, 1997. p. 416.

Debe destacarse que esta técnica debe practicarse por expertos muy diestros y serenos, ya que la ruptura y dispersión de las sustancias que rodean al ovocito, y que han sido sobrecargadas de hormonas sintéticas y naturales, podrían provocar en la mujer un cuadro exacerbado de las molestias y sensaciones propias de un estado de gravidez, que motivaría su recuperación en terapia intensiva.

Una vez aspirados los ovocitos se examinan en el laboratorio y se los clasifica por su madurez.

"El día de la aspiración folicular, el varón entrega una muestra de semen y en el laboratorio se separa el plasma seminal de los espermatozoides. Con este objeto existen diversos procedimientos cuyo fin tiende a separar los espermatozoides móviles. Se colocan junto a cada ovocito obtenido, en placas que contienen medios de cultivo y son incubados a una temperatura igual a la del cuerpo humano. En algunos casos en los cuales se pueden obtener muy pocos espermatozoides o existe un factor masculino severo de esterilidad secundaria, existe la posibilidad de usar técnicas especializadas de micromanipulación de gametos (ICSI)."³³

Luego de efectuada la inseminación, en el término de 16 a 18 horas, se comprueba la fertilización a través de la visualización de los pronúcleos masculino y femenino. A las 12 horas de la fertilización, el preembrión obtenido

³³ Ibidem. p. 417.

se divide en dos células. Luego continúa la división celular y luego de 48 a 72 horas los embriones están listos para ser transferidos al útero.

La técnica ideal, sería transferir los embriones inmediatamente después del momento en que han adquirido el desarrollo óptimo, pero ello no es siempre posible debido a las alteraciones endocrinas a las que se sometió a la paciente.

Por ello, es necesario permitirle su recuperación, por un período no menor a tres meses; mientras tanto, los embriones son criopreservados en una cámara de Nitrógeno líquido.

"La temperatura del Nitrógeno líquido es de -196 grados centígrados y permite una preservación de las estructuras prácticamente ad eternum."³⁴

Ciertos reptiles del ártico pueden soportar muy bajas temperaturas incluso con gran parte de su cuerpo convertido en hielo, debido a que contienen una gran cantidad de glicerol elaborado en sus hígados. El glicerol es anticongelante, reduce la formación de hielo y reduce el punto de congelación. Otras formas de vida en el ártico usan el azúcar como anticongelante. Al glicerol y ciertos azúcares se les llama crioprotectores, debido a que evitan la formación de cristales propios del hielo que son los responsables del daño debido a que incrementan el volumen celular aplastando las estructuras propias.

³⁴ Ibidem. p. 418.

Ya desde 1949 se conoce que el glicerol protege el esperma de toro del daño por frío. También las células sanguíneas se benefician de esa protección. Diez años más tarde, el dimetilsulfóxido demostró ser también un crioprotector ya que pasa a través de la membrana celular más fácilmente que el glicerol.

"En 1972, ocho células embrionarias de rata fueron congeladas con nitrógeno líquido y descongeladas para obtener de ellas ratas vivas continuando el proceso de los embriones. Gracias al lento enfriamiento, más el dimetilsulfóxido y glicerol, fue posible."³⁵

"En 1982 un embarazo humano fue establecido usando un embrión de ocho células mediante animación suspendida. Hoy es un hecho común."³⁶

La criopreservación consiste en utilizar el frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula o un organismo y poderla mantener en condiciones de vida suspendida durante mucho tiempo.

Las células se mezclan con soluciones crioprotectoras especiales, diferentes según el tipo de muestra.

La cámara de congelamiento donde está la muestra se conecta a un gran tanque de nitrógeno líquido; a través de un programa especial y sensores

³⁵ MAILLET, Marc. De los Bebés de Probeta a la Biología del Futuro. 2ª edición, Edit. Diana, México, 2000. p. 317.

³⁶ *Ibidem*, p. 318.

especiales, la computadora registra la temperatura en el interior de la cámara, la temperatura de la muestra, y según las indicaciones programadas inyectará vapores de nitrógeno a la cámara para bajar poco a poco la temperatura, hasta una centésima de grado al minuto. Una vez que la muestra está a -40°C ó a -80°C se introduce y almacena en nitrógeno líquido a -196°C en tanques especiales. Los especímenes pueden almacenarse durante muchos años.

En ocasiones después de una captura ovular para GIFT se obtiene un mayor número de óvulos de los necesarios. Debido a que la tecnología para congelar óvulos todavía está en etapas de investigación, se inseminan los ovocitos sobrantes y los preembriones resultantes se congelan en etapa de 4 a 6 células. Si en el primer procedimiento no hay embarazo, la reserva de preembriones congelados permite uno o varios ciclos de transferencia de preembriones, donde en cada intento se descongelarán 3 o 4 preembriones que se transferirán al útero.

En la FIVTE se utiliza el mismo procedimiento cuando después de la fertilización hay más de 4 preembriones para la transferencia intrauterina. Los preembriones excedentes se congelan para, si no hay éxito en el primer intento, en otro ciclo, ya sin estimulación hormonal ni captura ovular, se descongelan y transfieren 3 o 4 de ellos al útero.

Los preembriones pueden permanecer congelados hasta 15 años, aún cuando no existe disposición legal al respecto.

Transferencia de embriones.

Este paso se realiza en forma ambulatoria. No requiere analgesia ya que es indoloro.

En posición ginecológica se coloca un espéculo para ver el cuello uterino. Los embriones a transferir, sumergidos en un medio de cultivo se colocan en un catéter de transferencia (tubo estéril largo y delgado). Suavemente se guía este catéter a través del cuello uterino y se coloca el contenido en la cavidad uterina.

En plática personal con una paciente sometida a este procedimiento, que para efectos prácticos sólo denominaremos como la Sra. Blanca, nos refiere que previamente debe efectuarse una prueba mediante ultrasonido, para establecer el calibre y longitud del catéter.

Luego de la transferencia se recomienda reposo. La paciente recibirá una medicación hormonal (progesterona) hasta confirmar el resultado del test de embarazo. El mismo deberá ser realizado cuando el profesional así lo considere, alrededor de 12 días luego de realizada la transferencia.

2.2.3. Formas en que se aplican las distintas técnicas.

Tanto en la inseminación terapéutica, como en la Fertilización In Vitro, se pueden presentar dos principales formas de fertilización, a saber:

- a) "Fecundación Homóloga.- Es aquélla que se practica dentro del matrimonio, con semen o espermatozoides provenientes del marido, para fecundar a la esposa.

- b) Fecundación Heteróloga o Heteroinseminación.- Es aquélla que se practica tanto en mujeres casadas, como en solteras, con semen o espermatozoides provenientes de un tercero, llamado dador o donador.ⁿ³⁷

2.2.3.1. Fecundación Homóloga.

Como apuntamos líneas arriba, esta fecundación consiste en producir uno o varios embriones, con gametos proporcionados por los cónyuges.

En la técnica de inseminación terapéutica; es evidente que el óvulo es aportado por la mujer, dado que no se requiere alterar su ciclo ovulatorio normal; y que el semen o los espermatozoides son aportados por el marido, cuando se presenta alguna disfunción eréctil, Vaginitis o alguna otra dificultad orgánica para la cópula normal.

Pero en la técnica terapéutica de Fertilización In Vitro, en la que la fertilización se realiza extracorporalmente, el concepto de fecundación

³⁷ SOBREROS. Aquiles. Op. cit. p. 239.

homóloga, presenta relevancia, en cuanto a que los gametos femeninos y masculinos, sean aportados por ambos cónyuges.

2.2.3.2. Fecundación Heteróloga o Heterofecundación.

Esta forma de fecundación recibe este nombre, porque existe un aporte de gametos de un tercero, en caso de parejas unidas en matrimonio, o de un extraño, en el caso de la mujer soltera; razón por la que se ha acostumbrado considerar dos substancias de esta fertilización, siendo:

a) Fertilización Heteróloga en mujeres casadas.

Al popularizarse la inseminación artificial y la posibilidad de congelar células germinales masculinas para su uso posterior, las presunciones del derecho tradicional se tornaron obsoletas; para procrear no es ya necesario el contacto carnal cuya prueba exigen los viejos códigos para reputar cierta la paternidad. Los esposos pueden encontrarse en las antípodas y aún haber muerto el cónyuge, y la mujer es susceptible de embarazarse con semen del marido depositado en un congelador; un examen del DNA puede establecer la procedencia genética y dejar establecida la paternidad, sin lugar a dudas, sin largos, molestos y costosos procesos judiciales. De la misma manera, la prueba es idónea para demostrar lo contrario, pero siendo común que la inseminación de la esposa con semen de un tercero extraño se lleve a cabo con el consentimiento expreso del esposo, el Derecho Moderno ha dado valor

definitivo a ese consentimiento para determinar la filiación al margen del lazo de sangre entre el marido y el hijo gestado por la esposa, como es tradicional; lo anterior lo tenemos reflejado actualmente en el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, que equipara dicha filiación a la consanguínea.

“La inseminación heteróloga (IAD) en mujeres casadas, es la que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas, ha sido a través de la historia generadora de graves problemas de orden moral, legal y psicológico.”³⁸

Es evidente que en esta clase de inseminación, la relación entre el marido y el hijo gestado por la esposa no existe lazo de parentesco alguno, siendo por lo tanto ilegítimo a la luz del Derecho Tradicional, con todas las implicaciones sociales y legales que se derivan de esa condición, el cuestionamiento de las responsabilidades propias de la paternidad que normalmente corresponderían al dador o donador y no al marido. Los casos de impugnación de paternidad cuando la pareja tiende a disolverse han sido frecuentes, dando lugar a desagradables controversias.

Una de las más vehementes objeciones que se hacen a la inseminación por dador o donador es la intrusión de un tercero extraño en la función

³⁸ ZARATE TREVIÑO, Arturo. Op. cit. p. 206.

procreativa de la pareja, privada por naturaleza; la práctica, opinan con frecuencia, es inmoral en sí misma; el hecho de que el hijo sea solamente de la esposa, de que el marido no hubiese tenido intervención en su procreación, se considera una amenaza para la estabilidad del matrimonio y de hecho, lo ha sido en muchos casos. Sin embargo, a falta de otra alternativa, muchas parejas estériles recurren a ella para integrar una familia.

b) Fertilización Heteróloga en mujeres solteras.

En cuanto a la inseminación terapéutica sólo podríamos encontrar dificultad para establecer la paternidad del hijo engendrado por esta técnica, atendiendo a que es el elemento masculino el que podría provenir de un tercero, conocido o anónimo, produciéndose únicamente dos posibilidades. Sin embargo es importante destacar por ser oportuno, que las reformas decretadas por la III Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en fecha 6 de Septiembre del año 2004, no contempla la reproducción asistida en las mujeres solteras, pues únicamente la reforma limita a la reproducción asistida a los cónyuges o concubinos, lo anterior será motivo de análisis en capítulo posterior.

Y en el caso de la fertilización In vitro, misma que se realiza extracorporalmente, y posteriormente se transfiere el preembrión a un útero, el espectro de posibilidades se amplía, para mujer casada y soltera, pues las combinaciones llegarían a quince, siendo:

- a) "Mujer casada que aporta el óvulo y es fecundado por semen o espermatozoides de su marido (regla general).
- b) Mujer casada aporta el óvulo que es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.
- c) Mujer casada que aporta el óvulo que es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.
- d) Mujer casada que recibe el óvulo de donadora conocida y es fecundado por semen o espermatozoides de su marido.
- e) Mujer casa que recibe el óvulo de donadora conocida y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.
- f) Mujer casada que recibe el óvulo de donadora conocida y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.
- g) Mujer casada que recibe el óvulo de donadora anónima y es fecundado por semen o espermatozoides de su marido.
- h) Mujer casada que recibe el óvulo de donadora anónima y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.

- i) Mujer casada que recibe el óvulo de donadora anónima y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.
- j) Mujer soltera que aporta el óvulo y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.
- k) Mujer soltera que aporta el óvulo y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.
- l) Mujer soltera que recibe el óvulo de donadora conocida y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.
- m) Mujer soltera que recibe el óvulo de donadora conocida y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.
- n) Mujer soltera que recibe el óvulo de donadora anónima y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador conocido.
- o) Mujer soltera que recibe el óvulo de donadora anónima y es fecundado por semen o espermatozoides de un donador anónimo.³⁹

Todavía podríamos crear otras siete hipótesis más, si la transferencia de preembriones se realiza a un útero extraño o subrogado.

- a) Con óvulo de la esposa y semen del marido. (Hipótesis normal).
- b) Con óvulo de la esposa y semen de donador conocido.
- c) Con óvulo de la esposa y semen de donador anónimo.
- d) Con óvulo de la madre subrogada y semen del marido.

³⁹ QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p. 301.

- e) Con óvulo de donadora conocida y semen del marido.
- f) Con óvulo de donadora anónima y semen del marido.
- g) Con óvulo de donadora conocida y semen de donador conocido.
(Hipótesis extrema pero que no está prohibida; los casos documentados refieren que los donadores son hermanos, recíprocamente, de cada uno de los cónyuges).

Este panorama nos permite visualizar la variedad de inseminación artificial que se presenta

2.3. Casos en que se aplica la reproducción asistida.

Según opinión de algunos especialistas en la materia, entre ellos el Doctor Rubén Quintero Monasterio, la inseminación terapéutica homóloga se recomienda en los siguientes casos:

1. "Por anomalías físicas:

En la Mujer.

- Estenosis vaginal.- Estrechez en la vagina.
- Inhospitalidad cervical.- Medio excesivamente ácido en alguna región de la vagina.

- Malformaciones genitales.
- Obesidad excesiva.
- Tabique vaginal.- Adherencias que obstruyen la cavidad vaginal.
- Vaginismo.- Espasmos involuntarios que impiden la introducción del pene.⁴⁰

En el Varón.

- "Astenofermia.- Insuficiente movilidad de un porcentaje elevado de espermatozoides.
- Epispadias.- Anomalías del canal uretral, que no desemboca en su sitio normal, sino en la parte superior del pene.
- Escaso volumen seminal.
- Fimosis.- Estrechez del orificio del prepucio que impide la salida del pene (Puede resolverse quirúrgicamente por circuncisión).
- Hiperespermia.- Generación excesiva de espermatozoides y que impide su normal desarrollo (120 millones por c.c.).
- Hipospadias escrotales.- El canal uretral desemboca en la base del pene.
- Malformaciones genitales.- Pene demasiado grande o muy pequeño.
- Obesidad excesiva.

⁴⁰ Ibidem. p. 302.

- Oligozoospermia.- Cantidad reducida de espermatozoides (menos de 60 millones por c.c.).⁴¹

2. Por anomalías psíquicas.

En la Mujer.

- "Erotomanía.- Delirio sexual personalizado, como consecuencia de diversas enfermedades.
- Frigidez.- Incapacidad de la mujer para experimentar satisfacción sexual y orgasmo durante el coito y que impide la cópula.
- Hiperexcitación.- Actividad sexual excesiva que impide la fecundación.
- Ninfomanía.- Furor uterino, deseo violento e insaciable de la mujer de entregarse a la cópula."⁴²

En el Varón.

- "Eyaculación prematura.- Cuando se produce casi instantáneamente a la penetración en la vagina.
- Eyaculación retrógrada.- Impotencia eyaculatoria, inhibición específica del reflejo eyaculatorio.
- Impotencia total.- Incapacidad orgánica o psiconeurótica del varón para lograr una erección.

⁴¹ Ibidem, p. 303.

⁴² Idem, p. 303.

- Impotencia coendi.- Incapacidad parcial por falta de erección.
- Impotencia eyaculandi.- Trastorno psicológico que sólo hace posible la eyaculación fuera de la vagina.⁴³

3. Otros casos particulares.

- "Esterilización voluntaria por vasectomía.
- Esterilización involuntaria definitiva.- Como consecuencia de radiaciones, extirpación del pene, lesión en los cuerpos cavernosos del pene, etc.
- Separación corporal prolongada de los cónyuges.- Especialmente en casos de guerra, reclusión, etc."⁴⁴

En relación con el procedimiento terapéutico de fertilización in vitro con transferencia de embriones, las causas son similares, agregándose cualquiera de carácter físico que impida el paso del óvulo o del embrión al útero, tales como esterilización por salpingoclasia (Ligadura de trompas de Falopio); fimbrectomía (Amputación de los extremos de las trompas de Falopio); y en todos los casos en que se hubiera presentado fracaso en intentos previos de inseminación artificial; lo anterior nos permite observar con claridad la diversidad de problemas psicológicos y fisiológicos que impiden la procreación.

⁴³ Ibidem. p. 304.

⁴⁴ MAILLET, Marc. Op. cit. p. 206.

2.3.1. Esterilidad e Infertilidad.

La esterilidad o infertilidad, se distinguen en que la primera es permanente y la segunda puede ser transitoria; ambas se reflejan en la incapacidad para procrear en forma natural mediante el acto sexual de la pareja, constituye un problema psicológico, moral y social para quienes la padecen, porque tener descendencia propia es una aspiración innata en el ser humano; la sociedad espera que cada nueva pareja inicie una familia distinta de aquélla de la que provinieron, estar impedida para cumplir esa aspiración genera inquietud y frustración. En algunas culturas es motivo de divorcio.

Sus causas son variadas y complejas, pudiendo ser de naturaleza física, fisiológica o psicológica; en el cincuenta por ciento de los casos, la estéril es la mujer y en el otro cincuenta por ciento el hombre. Se estima que una de cada diez nuevas parejas resulta impedida para procrear y que el problema se ha agudizado en el último cuarto de siglo debido a los hábitos alimenticios, al uso de anticonceptivos, que en sí son abortivos, la promiscuidad sexual, el dramático retorno de las enfermedades venéreas, entre otras. Esta incidencia de diez o quince por ciento, es universal, afecta a todas las culturas.

“De su importancia social hablan los hechos. A raíz del nacimiento de Louise Brown, la primera niña de probeta (1978), lograda por una madre que acusaba graves defectos físicos en sus órganos procreativos, la clínica que ofreció el servicio de fecundación in vitro en Londres integró una lista de espera

de 3,000 solicitantes que aspiraban a procrear mediante el mismo procedimiento, en su mayoría mujeres afectadas por problemas en las Trompas de Falopio, padecimiento muy común que impide la fecundación natural. Quienes hicieron posible ese milagro, los doctores ingleses Edwards y Steptoe calcularon que en los Estados Unidos habrían por lo menos veinte mil pacientes más en espera de ser tratadas por la misma causa.⁴⁵

"Cuando en Norteamérica se abrió en 1979 la primera clínica especializada en el tratamiento de la infertilidad utilizando la técnica inglesa, recibieron 7,000 solicitudes de pacientes potenciales de países tan distantes y diferentes como Liberia (África) dispuestas a vender todos sus bienes para lograr un embarazo."⁴⁶

La infertilidad del varón también se ha incrementado; las crecientes tensiones de la vida diaria, el alto grado de contaminación de la atmósfera, diabetes, el uso de drogas, el abuso del alcohol y las enfermedades venéreas son algunas, aunque no todas, las causas de la incapacidad masculina; la inadecuada motilidad y morbilidad de sus células germinales y otros factores dificultan su función procreativa. La esperanza de millones de parejas de lograr descendencia propia con ayuda de la nueva tecnología, justifica los esfuerzos de la ciencia en este campo.

⁴⁵ HURTADO OLIVER, Xavier. El Derecho a la Vida y a la Muerte. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002. p. 164.

⁴⁶ *Ibidem*. p. 165.

La institución que ha resultado notablemente afectada con los avances de la tecnología de la procreación ha sido la adopción, creada con el doble propósito social de aliviar el problema de los niños abandonados por sus progenitores y contribuir a que una pareja estéril integre una familia. Las alternativas que hoy ofrece la ciencia para remediar los problemas de esterilidad con crecientes posibilidades de éxito, han contribuido a su decremento.

2.3.2. En Personas Fértiles.

El avance de la genética y las técnicas de reproducción asistida, han provocado una nueva concepción de las circunstancias que hacen necesaria su participación.

Anteriormente, se consideraban como sinónimos los conceptos de esterilidad e infertilidad, pero ahora deben ser individualizados; ya que la infertilidad consiste en la imposibilidad orgánica para producir células germinales (óvulos y espermatozoides). "Y la esterilidad se conceptúa como la dificultad para la unión de dichas células generatrices, cuando la persona sí las produce."⁴⁷

En el punto 2.1. de este trabajo, al apuntar los antecedentes médicos de las técnicas de reproducción asistida, nos referimos a las facilidades de autoconservación, en aquellos casos en que la persona ha sido notificada de

⁴⁷ TENORIO GARCÍA, Jorge. Entrevista Personal. Instituto Nacional de Perinatología, México, Enero de 2004.

una enfermedad o procedimiento quirúrgico y/o terapéutico que pudiera conllevar una esterilización o infertilidad.

El varón tiene la posibilidad de guardar su semen congelado, en los siguientes casos:

1. "En caso de estar desplazándose constantemente y su presencia no coincide con los períodos fértiles de su pareja.
2. En el supuesto en que el varón vaya a ser sometido a una cirugía de próstata, vasectomía, cirugía testicular o a quimio y radio terapia.
3. Por su avanzada edad.⁴⁸

En la actualidad como ya lo señalamos con antelación, la mayor demanda de los bancos de semen es en parejas por segundas nupcias.

2.3.3. Donadores de Gametos.

Los Bancos de Gametos:

La realización de todas las técnicas que abarca la Reproducción Asistida, ya sea inseminación artificial o la fecundación In Vitro o extracorpórea, en sus distintas modalidades, requiere de la obtención de gametos femeninos o

⁴⁸ GÚTRÓN FUENTEVILLA, Julián y ROIG CANAL, Susana. Nuevo Derecho Familiar en el Código Civil de México Distrito Federal del año 2002. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2002. p. 369.

masculinos; los cuales en algunas ocasiones, dependiendo del tratamiento a seguir, se obtienen de la misma pareja o de terceros ajenos a la misma.

"Dichos gametos se preservan en lugares especiales dependiendo de si son óvulos o espermatozoides; en el caso de los gametos masculinos, estos lugares reciben el nombre de Bancos de Semen, pero existen también lugares donde se preservan gametos femeninos y ovocitos."⁴⁹

Es importante destacar el aspecto de la normatividad ética de dichos bancos de semen, pues la propia naturaleza de éstos podría propiciar ciertas actividades tales como la comercialización de los gametos u ovocitos, la utilización de estos para la experimentación o convertirse en un medio para la realización de actos de carácter eugenésico, por ejemplo, en Estados Unidos existen bancos de espermatozoides que funcionan como verdaderas empresas comerciales, en las que puede elegirse al dador o donante del semen por medio del catálogo; igualmente en Internet se publicita la venta de óvulos por mujeres de excepcionales atributos corporales.

Criopreservación.

En dichos bancos la actividad que se realiza es la conservación de gametos masculinos mediante la criopreservación, entendiéndose por esta la utilización del frío extremo para disminuir las funciones vitales de una célula u organismo y poderla mantener en condiciones de vida suspendida, durante mucho tiempo.

⁴⁹ GUTIERREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. 2ª edición, Edit. Porrúa, México, 2004. p. 548.

Los bancos, que aportan semen para dichas operaciones, siguen un riguroso control en cuanto a los requisitos para los dadores o donadores, realizando un examen físico de éstos con la finalidad de detectar alguna posible enfermedad o alteración biológica en sus genes y que pueden dificultar el logro del embarazo; las muestras de semen obtenidas tiene una cuarentena de seis meses para detectar alguna posible enfermedad, tal como el SIDA.

"La tasa promedio de embarazo con los donadores de estas muestras es de 19% por ciclo; la densidad promedio de espermatozoides móviles antes de la congelación es de 89 millones/ml., y después de descongelarlos será de 45 millones/ml. La edad promedio de los donadores al dar la muestra es de 24.5 Años."⁵⁰

A este respecto, transcribimos la nota periodística aparecida en el periódico Reforma, en su ejemplar del día 19 de marzo de 2001, en el que eruditos mexicanos avalan la anterior afirmación.

"Cd. de México, México.- (18 marzo 2001).- En México no existe una legislación que proteja el material biológico, por lo que sus ciudadanos se encuentran expuestos a que países como Estados Unidos, Canadá e Inglaterra obtengan productos genéticos de los mexicanos, a partir de los cuales desarrollar proteínas y líneas celulares que más tarde se podrían comercializar.

⁵⁰ Ibidem. p. 550.

No sería nada difícil llevarse el material biológico de México, sacar los genes, y obtener productos biotecnológicos para después venderlos y hacer negocio, comentó Luis Álvarez, investigador del Centro de Investigación y de Estudios Avanzados (Cinvestav).

En Estados Unidos existen ya bancos como el Registro de Sangre de Cordón (Cord Blood Registry) de la Universidad de Arizona que ofrecen, previa inscripción de 12 mil dólares y una cuota anual de 900 dólares, conservar congelada a temperaturas criogénicas la sangre obtenida del cordón umbilical de un recién nacido, a la espera de utilizarla en 10 o 15 años en tratamientos terapéuticos contra enfermedades como la leucemia y el cáncer.

Hasta la fecha, existen en el Registro de la Universidad de Arizona 110 muestras pertenecientes a familias mexicanas, y 20 más están ya registradas, proporcionadas por parejas que confían en que los avances biotecnológicos y genéticos permitan en un futuro utilizar las células pluripotenciales o **madre** que se encuentran en la sangre del cordón umbilical.

La falta de un control legal del material biológico en México podría convertir al país, según Álvarez, en un paraíso biológico y genético, tal y como existen los paraísos fiscales.

El especialista del Cinvestav señaló, sin referirse específicamente a la empresa mencionada, el riesgo de que venga gente emprendedora que compre un tanque de nitrógeno y ofrezcan conservar las células, pero a la vez pueden hacer muchas cosas con esa información, como obtener líneas celulares, para bien o para mal.

El riesgo mayor es que, ante el vacío legal, el individuo no tenga derecho a decidir sobre el uso de su información genética y su material biológico.

Se pueden prometer cosas que aún no son reales o cosas que se pueden lograr sin la necesidad de congelar nada. Se aprovechan de la falta de información a un precio muy alto. Todos aquellos que no dimos nuestro cordón umbilical, deben saber que no es cierto que no haya esperanza, y los nuevos chicos, que tampoco representa algo necesariamente mejor, o que no se desarrollará la tecnología prometida durante su vida, comentó Álvarez, experto en terapia génica.

Para congelar productos biológicos no se necesita más que nitrógeno líquido, lo que no tiene un costo tan elevado, pero de eso se trata el negocio. Es parte de las cosas que generan los avances de la ingeniería genética y la biotecnología, consideró José María Cantú, investigador de la Universidad de Guadalajara. No es nada espectacular, señaló, simplemente aprovechan la idea de tener un tejido propio congelado y poder utilizarlo después sin que te lo tengan ya que sacar. Es casi como tener células de refacción que se pueden reprogramar.

Hay que tener cuidado con este tipo de servicios, agregó, porque se debe garantizar que no se utilizará el materia biológico para otros fines; hace falta garantizar la autonomía y la potestad que tienen los padres sobre las muestras biológicas, de modo que no sea utilizada para ninguna investigación y ningún desarrollo, porque de la sangre se pueden obtener líneas celulares muy interesante.

Cantú Garza, miembro del Proyecto del Genoma Humano (HUGO, por siglas en inglés), afirmó que deben tomarse en cuenta aspectos bioéticos fundamentales como los expresados por el Comité Internacional de Bioética de la UNESCO, que establece dar prioridad a las cuestiones éticas y atención particular a la dignidad y derechos de los donadores; tener información completa acerca de las implicaciones de la investigación y dar un consentimiento libre e informado sobre los propósitos, por los cuales se van a realizar las investigaciones y la manera como se van a llevar a cabo.

Los investigadores coincidieron en que la comercialización de líneas celulares humanas y de algunos de sus productos en Estados Unidos genera anualmente enormes ganancias a la industria biotecnológica, por lo cual existe el riesgo de que, si no se sabe el uso al que será destinado el material biológico, podría suceder que algunas empresas se beneficiaran con el material genético individual, como ha sucedido ya en el vecino país del Norte.

Marcia Muñoz, investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, comentó que los servicios ofrecidos por este tipo de empresas están fuera de todo marco jurídico mexicano, simplemente porque no existe.

No obstante, la experta en Derecho Genómico puntualizó que cualquier contrato, de este tipo es ilegal bajo los principios de la Ley de Salud, que establece mediante el Reglamento de Transportes de Órganos y Tejidos que las partes del cuerpo humano no están sujetas al comercio.⁵¹

⁵¹ Cfr. Periódico Reforma. Ciencia y Tecnología. Por Luis Álvarez. 19 de Marzo de 2001. p.p. 53 y 54.

De igual manera, en otra nota aparecida en el diario reforma, el día 24 de diciembre del año 2003, se reitera el vacío jurídico al respecto de los avances científicos en materia genética embrionaria y sobre reproducción asistida.

México, a favor de clonación embrionaria

Alertan sobre vacíos jurídicos en la legislación mexicana.

Por CLAUDIA MACEDO RAMÍREZ/ Grupo Reforma

"Ciudad de México (6 diciembre 2003).- Los principales grupos académicos y científicos del país se pronunciaron a favor de la investigación sobre células madre y la clonación terapéutica, así como de la creación urgente de un marco normativo en el país que regule la investigación en ese campo.

En un documento enviado a la Presidencia de la República, los investigadores plantean la conveniencia de emplear células embrionarias para obtener líneas celulares especializadas, que podrían ser utilizadas en el tratamiento de enfermedades, que hasta ahora consideraban incurables.

Esto se da a conocer 20 días después de que la Advanced Cell Technology anunciara la clonación del primer embrión humano con fines terapéuticos, hecho que ha reavivado la polémica en torno a la clonación humana en todo el mundo.

Existe la confianza en el medio científico internacional de que en un futuro cercano será posible dirigir la diferenciación de las células troncales hacia cualquier tipo de célula específica, asienta el documento. De este modo, una gran cantidad de células humanas estarían disponibles para utilizarse como tejido de reposición.

Lo anterior posibilitaría sustituir células dañadas de diversas partes del cuerpo, como de la médula ósea, la sangre, cerebro, hígado, entre otros, para solucionar problemas que hasta ahora son incurables, como el Alzheimer y la diabetes.

Asimismo, se destaca el papel relevante de la clonación para llevar a la práctica la potencialidad terapéutica de esas células, ya que al ser clonadas se evitarían posibles rechazos en implantes y trasplantes de órganos, presentes cuando las células provienen de un individuo distinto.

Es muy importante en este punto diferenciar la clonación celular terapéutica de la clonación reproductiva, es decir, aquella orientada a la producción de individuos, apunta. Existen consideraciones éticas que han conducido a que la clonación reproductiva sea rechazada o se encuentre en un estado de moratoria por la mayoría de países y organizaciones científicas, mientras que la clonación terapéutica tiene una gran aceptación en el medio científico internacional por su potencialidad terapéutica.

Situación legal.

El documento elaborado por el Consejo Constitutivo de Ciencias de la Presidencia de la República (CCC), a petición del coordinador del gabinete de Desarrollo Social y Humano, José Sarukhán Kermez, señala que la Ley General de Salud de México no prevé control sobre el

uso de células troncales embrionaria humanas con fines de investigación; tan sólo se hace referencia al uso de las células progenitoras hematopoyéticas con fines terapéuticos en casos de trasplantes.

Se observa un vacío jurídico en la legislación mexicana pues no se aborda de manera explícita la regulación de la investigación o utilización clínica de células troncales, asienta el estudio adoptado por el CCC, el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, y la Academia Mexicana de Ciencias. Esta ausencia puede ampliarse también al campo de la clonación, la medicina genómica y los xenotrasplantes.

En este sentido, alerta sobre la falta de control de grupos externos que pudieran emprender proyectos en el país, evadiendo las restricciones jurídicas o éticas que en sus países ya existen.

México debe disponer de manera oportuna de los mecanismos que permitan la regulación de proyectos de investigación que garanticen una conducta ética dentro de nuestro territorio, afirma. "Es indispensable también tomar medidas para proteger a la sociedad mexicana de los posibles riesgos de la obtención criminal de embriones o el uso de éstos sin controles éticos."⁵²

Finalmente, los científicos urgen a que en el país se adopte una postura sobre la investigación y usos clínicos con células troncales, a fin de no quedar rezagado frente a los avances en el conocimiento en esta área y usarlos en beneficio de la sociedad.

⁵² Periódico Reforma. Ciencia y Tecnología México a favor de la Clonación Embrionaria. Por Claudia Macedo Ramírez. 6 de diciembre de 2001. p.p. 52 y 53.

2.3.4. El Vientre subrogado o Madre Subrogada.

Este tema constituye uno de los más grandes dilemas de la actualidad, pues involucra criterios morales, religiosos, psicológicos, médicos y jurídicos.

Desde el punto de vista médico, no existe impedimento o dificultad alguna para proceder a la transferencia de ovocitos o de preembriones al útero de cualquier mujer fértil, para su fecundación ó anidación, según sea el caso.

Las opiniones opositoras provienen de los filósofos, moralistas, religiosos, psicólogos y algunos juristas, ya que encuentran obstáculos insalvables para considerar positiva esta práctica.

Desde luego que sobre este tema existen muchas leyendas, guiones cinematográficos; novelas y múltiples conjeturas, debido a la discreción y hasta secreto en que se concertá la utilización de un vientre subrogado.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se trata de un contrato sinalagmático perfecto, con derechos y obligaciones recíprocos entre los contratantes, y que tiene por objeto el permitir que se practiquen en el cuerpo de la madre subrogada las técnicas terapéuticas necesarias para lograr un embarazo, a cambio de que los subrogatorios cubran todos los gastos y costos del tratamiento.

Puede presentar variantes en cuanto a la aportación, además, del elemento genético, es decir, que la madre subrogada, también proporcione el óvulo que será fecundado por semen del subrogatario; o en cuanto al estado civil de la madre subrogada, para determinar si se requiere el necesario consentimiento del cónyuge de ésta.

La problemática fáctica puede presentarse con motivo del cumplimiento de los términos del contrato, pues se escuchan relatos sobre mujeres que celebraron algún contrato de esta naturaleza y desaparecieron durante la gestación, o se negaron a hacer la entrega del infante ya nacido. También se cuenta sobre el caso contrario, de una fecundación en vientre subrogado, en que el producto nació con alguna malformación o con síndrome de Dawn, y los subrogatarios se negaron a hacerse cargo del infante.

Sobre este tema volveremos en el último capítulo de éste trabajo, dejando apuntada únicamente la posibilidad de esta práctica.

2.4. Postura de la Ley General de Salud.

La ley califica la nueva tecnología de la procreación como recurso terapéutico, es decir, es un recurso que tiene por objeto superar la esterilidad de la pareja, cuando no existe otra manera de remediarla.

Esta disposición obliga al médico a investigar y establecer las causas de esterilidad (femenina y masculina) de la pareja e intentar por los recursos de la medicina solucionar el problema, y solamente cuando ha sido calificada de irreversible, se justificarán las alternativas que se tomen, para tener una inseminación artificial en cualquiera de sus modalidades o fecundación in vitro.

La ley descalifica así el uso innecesario de la tecnología por razones de lucro o de otro orden; evita que la práctica se comercialice, o bien, se utilice caprichosamente exponiendo a la mujer a tratamientos en sí mismos riesgosos y a la pareja a problemas económicos, psicológicos y morales, explotando sus deseos de procrear.

De la lectura del reglamento se deducen, por exclusión, quiénes no tendrían acceso a las prácticas de fertilización asistida, pues solamente se nombra a las que lícitamente la pueden utilizar: La pareja estable (matrimonio o concubinato) como ayuda para que integren una familia. Ni la mujer sola, ni la pareja heterosexual transitoria y menos aún la pareja homosexual, están incluidos entre los beneficiarios de la fertilización asistida.

Conforme a nuestras costumbres y tradiciones, solamente la pareja casada heterosexual debe ser la capacitada legalmente para hacer uso de la nueva tecnología de la procreación. Pese a los embates del libertinaje moral, la institución del matrimonio sigue siendo en nuestro país la forma preferente y

apropiada de constituir una familia, pues crea el lazo jurídico que une a la pareja y de él se derivan los derechos y obligaciones de la procreación. La unión de hecho, por estable que parezca, es irregular y quien busca integrar una familia bien puede comenzar por formalizarla.

Es cierto que el Código Civil para el Distrito Federal, reconoce la unión libre y concede a la pareja y a la prole de la pareja así unida ciertos derechos básicos, pero este reconocimiento se deriva no del interés en alentar esa forma de organización familiar al margen de la ley, sino hacer frente a una situación de hecho con el loable propósito de proteger a la mujer y a su prole de contingencias que podrían sobrevenir.

"La tendencia universal es a limitar el uso de las nuevas técnicas de la procreación declarándolas, como lo hace nuestra Ley General de Salud, recurso terapéutico para parejas heterosexuales estables que padecen esterilidad. En consecuencia, quedan excluidas de su uso las parejas fértiles o susceptibles de serlo con un tratamiento curativo, solteras y parejas de homosexuales. Estos últimos, con cada día mayor representación, han invocado ciertos derechos a la procreación, común a todo el género humano. Ni la moral ni las buenas costumbres, fuentes innegables de derecho, les reconocen el presunto derecho invocado."⁵³

⁵³ GUTIÉRREZ v GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Op. cit. p. 551.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia establecida ha declarado en relación con el matrimonio que "la institución del matrimonio es de orden público, por lo que la sociedad está interesada en su mantenimiento y sólo por excepción la ley permite que se rompa el vínculo matrimonial."⁵⁴ De ser así, el matrimonio debe ser privilegiado para el uso de las nuevas prácticas de procreación, o fertilización asistida.

En los Estados Unidos las leyes y reglamentos en vigor no son del todo claros en este sentido. El impedimento para que mujeres solteras y parejas homosexuales utilicen la tecnología para sus fines personales más bien proviene de las clínicas, los médicos y los bancos de gametos como actitud personal, y si bien controlar la inseminación es tarea difícil por la simpleza del procedimiento, aquellas técnicas para cuya ejecución deban intervenir equipos médicos especializados debe respetarse la limitación legal.

El Reglamento señala quiénes están capacitados para prestar el servicio de fertilización asistida: Profesionales de la salud con título o certificado de especialización legalmente expedido y registrado ante las autoridades educativas, en establecimientos especializados y debidamente autorizados para ello, que cuenten con los recursos humanos y materiales para realizarla. Esto reviste la mayor importancia, pues se comenta que por lo general las prácticas

⁵⁴ Semanario Judicial de la Federación. 3ª Sala. Vol. II. Marzo-Abril, México, 1992. p. 1041.

de inseminación artificial se llevan a cabo en consultorios privados, no institucionales, sin los elementos necesarios para salvaguardar la salud y la integridad de la paciente.

Las normas sobre la investigación y experimentación en seres humanos, contenidas en la Ley General de Salud, siguen puntualmente las recomendaciones emanadas de los Tratados Internacionales, Código de Nuremberg y demás leyes aprobadas por consenso universal para proteger los Derechos Humanos de los sujetos sometidos a experimentación. En nuestro Código de Salud que analizamos, las regulaciones están contenidas en el Reglamento en Materia de Investigación para la Salud, a que hemos hecho referencia, cuyas disposiciones resultan aplicables a la investigación y experimentación con embriones. El Reglamento establece que la investigación "es un factor determinante para mejorar las acciones encaminadas a proteger, promover y restaurar la salud del individuo y de la sociedad en general, que debe atender a aspectos éticos que garanticen la dignidad y el bienestar de la persona sujeta a la investigación." En este párrafo está contenida la norma ética a la que deben someterse los investigadores; ni la moral ni la dignidad del ser sujeto a la experimentación debe estar en peligro ni debe ser ignorada por quienes están a cargo del trabajo científico. El investigador en esta materia debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal que establece que los embriones son protegidos legalmente, principalmente en cuanto al derecho a la vida y a la conservación de la salud,

previstos en la Constitución Federal y en la convención internacional de los derechos del niño.

De estos problemas y otros que han surgido de las prácticas de la fertilización asistida, debe ocuparse el reglamento específico que se señala. La experiencia vivida en otros países debe servirnos de material para lograr una legislación protectora de los intereses sociales de nuestra nación.

CAPÍTULO TERCERO

III.- PROBLEMÁTICA JURÍDICA DERIVADA DE LA FECUNDACIÓN ASISTIDA.

Los avances y descubrimientos en el campo de la Biología, nos colocan ante hechos que se proyectan en el aspecto moral, por lo cual tienen que ser iluminados por lo jurídico.

Los avances técnicos en materia de inseminación y fecundación asistida han creado situaciones que no se encuentran reguladas suficientemente en la actualidad, existiendo algunas lagunas en la ley y las cuales encontramos e hicimos referencia en la presente investigación en los capítulos anteriores. Como venimos diciendo, la ciencia avanza y con esto se va generando la necesidad de regular y reglamentar las relaciones humanas para dar respuesta a estas necesidades que se presentan día con día, ya que si recordamos, el derecho es el encargado de regular las relaciones interpersonales que se presentan dentro de una sociedad determinada y por lo tanto, debe de preocuparse de la fecundación asistida, ya que es un avance al que hemos llegado y en nuestros días es utilizado; en la práctica, a diferencia de otras épocas que se tenía conocimiento de como podría realizarse y de hecho se empezaba a practicar con algunos animales, pero no se imaginaban hacerlo con el ser humano como ahora acontece. Es deber de nuestros legisladores estudiarla y hacer los cambios correspondientes dentro de nuestras leyes para

evitar que las partes que intervienen en este proceso y de las cuales hablaremos más adelante, entren en conflictos interpersonales.

Por lo anotado consideramos que será necesario puntualizar lo siguiente:

3.1. Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida Homóloga.

Como lo señalamos en su momento, la inseminación homóloga es la que se practica dentro del matrimonio o del concubinato, inseminando a la esposa o concubina con el semen o espermatozoides de su pareja.

Esta primera hipótesis no presenta realmente ninguna complicación jurídica, pues el hijo tendrá una filiación bien definida, dado que ha sido concebido a partir de gametos procedentes de los consortes y gestado dentro del útero de la esposa.

Por lo tanto, ese infante es considerado como hijo de matrimonio, estableciéndose la filiación y la patria potestad, conforme con lo previsto en los artículos 324 a 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los artículos antes señalados establecen a grandes rasgos lo siguiente:

El artículo 324 establece cuáles son los hijos que se puedan presumir como de los cónyuges, salvo prueba en contrario, y establece que:

- I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

- 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.”

Por su parte el artículo 325 del ordenamiento citado establece que: “Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de 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, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.”

Finalmente, el artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal establece que, “el cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.

Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.”

3.1.1. Consentimiento Mutuo.

Evidentemente que una fecundación homóloga debe ser fruto del acuerdo de ambos progenitores, de conformidad con lo previsto en el propio artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a las disposiciones relativas de la Ley General de Salud y su reglamento.

Pero como puede presentarse la circunstancia de que la mujer decida someterse a un procedimiento de inseminación terapéutica, ocultándolo a su marido o contra su voluntad, mediante la recolección y conservación del semen a temperatura corporal (puede permanecer fecundante durante doce días) el derecho debe intervenir, sancionado tal conducta que traiciona la confianza y la necesaria armonía de la pareja.

A este respecto, en las reformas al Código Civil para el Distrito Federal, del mes de mayo del año 2000, el legislador local consideró procedente incorporar una nueva causal de divorcio que sanciona al cónyuge que, sin el conocimiento del otro, emplee algún método de fecundación asistida.

"Artículo 266.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro."

"Artículo 267. Son causales de divorcio:

I a XIX.

XX. El empleo de métodos de fecundación asistida, realizada sin el consentimiento de su cónyuge.”

Por principio de cuentas, estimamos criticable el lenguaje empleado por el legislador, al utilizar la palabra fecundación, puesto que bastaría con una fecundación extracorporal para actualizar la hipótesis normativa de la causal de divorcio apuntada. En tal virtud, propongo que se modifique la fracción de referencia, para establecer que se trate métodos de **reproducción** asistida.

Si bien es cierto, las causales de divorcio pretenden describir casos por los que la vida en común de la pareja es insostenible y pueden provocar el mal necesario del divorcio, también es cierto que una simple fecundación, sin llegar a la procreación, no es causal suficiente para decretar la disolución del vínculo conyugal. Entendiendo que el legislador del Distrito Federal prevé una posible procreación no consentida por el cónyuge afectado, misma que sí podría alterar la armonía conyugal y familiar.

Adicionalmente, resulta criticable también, que esta causal de divorcio vaya dirigida a la mujer, puesto que la redacción de la causal XX, del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal, únicamente sanciona a la mujer que emplee métodos de fecundación asistida, sin el consentimiento de su cónyuge. La cual no permite una interpretación a la inversa, pues los métodos de fecundación asistida son empleados, por y en, la mujer; ya que el hombre no se fecunda.

3.1.2. Procreación en ausencia del marido.

Es posible, que la mujer abandonada o cuyo marido se encuentra separado de ella por diversas razones, justificadas o no, desee ser fecundada con semen de su marido crió-conservado en un banco de semen o que decida quedar en estado de gravidez mediante la transferencia de embriones de ambos congelados.

Para esta práctica se requiere necesariamente del consentimiento del marido.

La crítica sobre este particular, reside en que nuestra experiencia personal ha demostrado que en las instituciones médicas que visitamos, principalmente en el Instituto Nacional de Perinatología, los expedientes, 'carnet de citas' y muestras biológicas, se registran únicamente con el nombre de la paciente y aún cuando es práctica frecuente que exijan al marido su identificación cuando se obtiene la muestra de semen en la propia instalación, también ocurre que la muestra de semen es llevada por la mujer el día de la inseminación o fertilización In Vitro por imposibilidad del marido de acudir personalmente, lo que da pauta a que pudieran substituirse los gametos por los de un tercero.

3.1.3. Fecundación después de la disolución del vínculo matrimonial.

Debemos precisar que una fecundación realizada después de que el vínculo matrimonial se ha disuelto, deja de considerarse como fecundación

homóloga, pero nos ubicamos en la hipótesis de una mujer que previendo la posibilidad inminente o a la que recién se le ha decretado la separación de cuerpos previa al divorcio, nulidad de su matrimonio o la que ha quedado viuda intempestivamente, pudiera verse acosada por la codicia y quisiera quedar encinta de un hijo de su ex marido, de tal manera que el nacimiento del infante ocurra antes del transcurso de los trescientos días a partir de la separación o la muerte del marido.

Es un riesgo latente, debido a la falta de reglamentación de la operación de los bancos de semen y de embriones, pues el marido pudo haber solicitado el depósito de gametos o de embriones, motivado por el amor a su mujer, incluso podría autorizarla para disponer de los materiales biológicos congelados y haber omitido notificar al banco correspondiente su cambio de parecer.

Más grave aún podría ser el que la mujer se someta a una fecundación médicamente asistida con gametos de un tercero, inmediatamente después de la separación corporal de su cónyuge, dado que todavía no es aceptada la prueba de similitud genética para acreditar consecuencias de Derecho Familiar y así lo ha expresado el Máximo Tribunal de la Federación, en criterios aislados de jurisprudencia, apoyándose en las disposiciones vigentes del Código Civil para el Distrito Federal.

"Tradicionalmente, se ha empleado en el lenguaje jurídico el concepto de concepción **Nasciturus pro iam nato habetur**. Al simplemente concebido se le tendrá por nacido (sólo para los efectos que puedan beneficiarle)."⁵⁵

Si bien, el Derecho Romano exigía que el heredero viviera al momento de producirse la herencia, se admitió el derecho del nasciturus, según expresa Agustín Bravo González: "Puede heredar al de cuius el simplemente concebido; así, el hijo hereda a su padre muerto antes de que él mismo naciera, la madre podía entrar, como consecuencia de este principio, en su nombre, en la posesión provisional de los bienes de la sucesión paterna *missio in possessionem vetris nomine*.- Así pues, aunque la personalidad jurídica principia con el nacimiento y se extingue con la muerte, en beneficio del infante se le considera en algunas ocasiones como vivo, retro trayendo su capacidad jurídica al tiempo de su concepción."⁵⁶

Por su parte, nuestro derecho ha heredado esa nomenclatura y sigue tomando en cuenta al concepto de concepción, como lo señala el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala "La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código."

⁵⁵ FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Privado Romano. 3ª edición, Edit. Esfinge. México 1990. p. 186.

⁵⁶ BRAVO GONZÁLEZ, Agustín. Primer Curso de Derecho Romano. 13ª edición, Edit. Porrúa, S. A., México, 1998. p. 216.

En consecuencia, estimamos que debe preverse esta situación en el Código Civil para el Distrito Federal, disponiendo, a imitación de las reglas dadas para la concepción, de la siguiente manera:

"Artículo NN.- No podrá reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas de procreación médicamente asistida y el marido divorciado o fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la separación física o la muerte del varón, o cuando no conste de manera fehaciente e indubitable la voluntad del marido de perseguir la perpetuación post-mortem de su especie.

El acto por el que el marido o concubino haya destinado su material reproductor para la fecundación post-mortem de su cónyuge o concubina, deberá cubrir los requisitos que para la disposición de órganos y tejidos establece el artículo 324 de la Ley General de Salud, debiendo contar además, con el consentimiento de la futura madre.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

Cumplidos los requisitos de los dos párrafos anteriores, la disposición del material reproductor del varón, solamente podrá realizarse dentro de los seis meses posteriores a su fallecimiento.

La mujer podrá también, en los mismos términos del presente artículo, dejar material reproductor a su cónyuge o concubino para que éste lo fecunde con el suyo."

3.2. Filiación de los hijos nacidos de la Fecundación Asistida Heteróloga.

De manera general podemos decir que la fecundación asistida heteróloga puede revestir dos subclases.

- a) En mujeres casadas o en concubinato;
- b) En mujeres solteras.

En los dos casos anteriores se practica la inseminación con el semen del mal llamado donador o dador aunque puede venderse el fluido generalmente desconocido y en especial en el caso de la mujer casada o de la concubina que va a recibir el semen de persona ajena a su pareja permanente.

Respecto de esta terminología empleada de donador, resulta del todo impropia, pues, el artículo 2332 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que:

"Donación es un contrato por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes."

Y más adelante el artículo 2340 del mismo ordenamiento dispone que: "La donación es perfecta desde que el donatario acepta y hace saber la aceptación al donador."

De esto resulta que en la totalidad de los casos en que una mujer es inseminada artificialmente con semen obtenido de un banco de semen, nunca podrá hacer saber la aceptación de la donación al donante, toda vez que ahí se guarda un absoluto incógnito de quién es el dador del semen, precisamente para evitar que haya una relación de filiación y llegado el caso de sucesión mortis-causa entre el que da el semen y el descendiente que se genere, con el uso de su semen, entonces no se tipifica una donación.

El empleo de vocablos en forma equivocada, obedece al poco cuidado, o al nulo conocimiento del vocabulario jurídico, que tienen tanto los legisladores, como el público en general y la mayoría de los periodistas que dan noticias sobre temas en donde se debe emplear un vocabulario científico jurídico.

En este caso, es aconsejable que se utilicen los términos *tradens*, para el que transmite y *accipens* para quien recibe y son términos que implican siempre, al margen del tipo de acto que se realice, el que una persona entregue algo a otra y ésta le suceda en la titularidad de lo que se recibe.

Si se aplicara el Contrato de Donación, para que un hombre entregara a una mujer su semen, se sabría quién era en verdad el progenitor de la criatura que gestara la mujer, y necesariamente se establecería una filiación y una sucesión mortis-causa, lo cual por regla general, no sería lo que desearan tanto el hombre como la mujer.

"Piénsese los cómico-trágicos casos que se presentarían, si se tratara de una donación, por ejemplo, la señora Narcisa, esposa de D. Procopio, en sus dos primeros años de casada no podía tener descendencia y se pensaba que ello obedecía a que D. Procopio tenía impotencia generandi, esto es, que sí podía realizar el acto sexual, pero que su esperma no tenía espermatozoides que pudieran fecundar a su marida Doña Nachis.

Entonces D. Procopio ansioso de tener un descendiente, le dice a su marida Doña Nachis, que va a ir a pedirle a D. Facundo que le done un poco de su semen, para que se lo apliquen a Doña Nachis y así quede ésta embarazada. Doña Nachis está conforme y va D. Procopio con D. Facundo y le hace la petición.

Los dos amigos van a ver a un médico, el cual extrae semen de las glándulas testiculares de D. Facundo y ya así, D. Facundo le dice a Doña Narcisca Ahí le dono ese semen, para que se lo aplique el médico, tenga usted un descendiente y sea feliz con mi amigo D. Procopio. Doña Nachis acepta la donación y se lo hace saber a D. Facundo, y así se perfecciona la Donación.

En este amistoso caso, Doña Nachis para que se perfeccione la donación que le hace D. Facundo, técnicamente tiene que aceptar y hace saber la aceptación al donante.

Pero en fin, acepta Doña Nachis, va con el médico, y le hace la inseminación artificial, y queda embarazada. Después nace un niño y ¿tendrá ese niño filiación o no con D. Facundo? ¿Podrá pedirle alimentos y llegado el caso considerarse sucesión por herencia legítima?

Aunque D. Procopio haya dado su conformidad para esa inseminación, es indudable que genéticamente es hijo de su amigo D. Facundo y aunque haya nacido dentro del matrimonio de D. Procopio y Doña Narcisca, biológicamente no será hijo de D. Procopio, sino que tendrá parentesco consanguíneo con D. Facundo.⁵⁷

⁵⁷ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Op. cit. p. 552.

Para evitar estos relajos, es que en la realidad se busca que siempre permanezca desconocido quién es el dador del semen, para que así no haya ninguna relación de parentesco y de sucesión, llegado el caso, entre el descendiente así obtenido y el dador del semen."

3.2.1. Con Gameto Masculino de Tercero.

De manera general podemos decir que, desde el punto de vista médico, el gameto, es cada una de las células sexuales, masculina y femenina, que al unirse forman el huevo de las plantas y de los animales.

Esta se lleva a cabo cuando alguno de los consortes tiene problemas para procrear ya sea por esterilidad o por malformaciones, puede darse de dos maneras, con espermias u óvulos de donantes:

En ésta deben de tomarse medidas para minimizar el riesgo de la transmisión de enfermedades como VIH (SIDA), por lo cual debe emplearse semen que haya sido sometido a un período de cuarentena suficientemente prolongado además de haberle hecho los estudios previos. Esta clase de inseminación generalmente es recomendada cuando el hombre tiene una causa irreversible de esterilidad, como la de haberse sometido a una cirugía traumática o lesión médica espinal. "También tiene que tomarse en cuenta la igualación fenotípica del esposo, esto quiere decir, que el semen del donante que se vaya a tomar para efectuar el citado proceso, debe de tener los mismos

rasgos de éste tales como altura, color de cabello, ojos, raza y grupo sanguíneo. Para esto en algunos centros se obtienen fotografías de los donantes para igualar con mayor precisión las características faciales y rasgos físicos.⁵⁸

3.2.2. Con Gameto Femenino de Tercera.

Hemos hablado mucho de los cedentes de espermatozoides a lo largo de este capítulo pero muy poco de las mujeres fértiles que ceden sus óvulos a otras infértiles. Algunas lo hacen por dinero, otras por ayudar a alguien de la familia o a una amiga a tener un hijo, algunas otras lo hacen por el simple hecho de participar en un proceso de avance tecnológico.

"En el año de 1999, 137 clínicas de Estados Unidos que pertenecieron a la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva (ASRM), practicaron la donación de óvulos. Ese mismo año hubo 1800 donaciones de las cuales resultaron 532 nacimientos de bebés saludables. Esto ocurre porque la fertilización in vitro, es muy analizada y los fetos (sic) defectuosos son descartados, algunos de los científicos opinan al respecto, que el porcentaje de nacimiento es más bajo con este método que los niños que nacen a través de embarazos convencionales. Con esto parece que la cantidad de nacimientos es pequeña, pero tenemos que tomar en cuenta que la práctica de la donación de

⁵⁸ HURTADO, Oliver. *El Derecho a la Vida*. Op. cit. p. 206.

óvulos empezó en 1984 que fue cuando nació el primer bebé concebido con un óvulo donado.⁵⁹

Los requerimientos básicos que se le solicitan a las mujeres para ser una aportadora son simples; sus dos ovarios deben de estar funcionando perfectamente y ella tiene que estar dispuesta a tomar medicamentos que favorezcan la fertilización.

Esto último se hace con la intención de que los ovarios que en un ciclo normal producen un solo óvulo produzcan más. "De acuerdo con la ASRM, las aportadoras deben de tener entre 18 y 34 años y tener como requisito indispensable el haber estado embarazadas por lo menos una sola vez. Casi todas las posibles aportadoras son sometidas a un test genético, para investigar cualquier enfermedad hereditaria por lo cual se les pide que llenen un cuestionario sobre la salud de sus padres y hermanos; aquellos que son adoptados con frecuencia son rechazados, porque se desconoce la historia clínica de su familia. En algunos programas las lesbianas tampoco son aceptadas como aportadoras al igual que las que hayan usado drogas por vía intravenosa o que hayan tenido una enfermedad de transmisión sexual; esto para evitar riesgos de infección del VIH (SIDA) a la receptante o feto."⁶⁰

⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. La Presunción de la Paternidad Legítima. 2ª edición, Edit. Trillas, México, 2001. p. 139.

⁶⁰ DESINGER, Enrique. La Inseminación Artificial. 3ª edición, Edit. Duero, México, 2000. p. 139.

3.2.3. Con Gameto Femenino y Masculino de Terceros.

La posibilidad de agrupar, seleccionar, recolectar, congelar, dividir y transferir gametos y embriones humanos durante la vida de los progenitores, plantea el problema de la seguridad del material genético humano que se extiende hasta el propio ADN de las células humanas.

Antes de adquirir la identidad jurídica al nacer, los componentes básicos de la vida (células germinales), se pueden manipular fuera del cuerpo, creando una preocupación de la sociedad por su posible empleo eugenésico ya que los avances científicos en esta materia han llegado hasta el grado de escoger el sexo del cual se quiera tener al hijo, alterándose con esto el proceso natural del nacimiento y si nos vamos a los extremos, el uso que se quiere hacer de los embriones de seres humanos para ser utilizados como instrumentos u objetos. "A este respecto el artículo 15-IB del Convenio Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1986, se proclama el derecho que tiene que gozar todos de los beneficios del progreso científico y se llegó al acuerdo de respetar la libertad de investigación científica y actividad creativa, sin embargo, si bien son aceptables estas investigaciones en los casos de esterilidad, existe un consenso universal sobre la necesidad de prohibir formas extremas de experimentación como la clonación, fertilización inter-especies, etc."⁶¹

⁶¹ DÍAZ, Arturo. El Derecho a Vivir Dignamente. 2ª edición, Edit. Trillas, México, 1999, p. 267.

Este principio citado exige una garantía y reglamentación de los límites de investigación sobre gametos y embriones por lo que ya expresamos.

Como lo hemos venido diciendo, en nuestra legislación ya existe reglamentación en los Códigos Penal y Civil para el Distrito Federal. De aquí que surja la necesidad de legislar más sobre la concepción asistida, no sólo en el Código Civil si no en todas las leyes que se ocupen del Derecho Familiar y de la filiación, máxime cuando se trate de manipulación genética de gametos masculino y femenino, para dejar bien definida la filiación del hijo así concebido desde el punto de vista jurídico y médico.

3.3. Filiación de los hijos gestados en vientre subrogado.

La libertad a la subyugación, es un derecho humano absoluto y el cuerpo humano se considera fuera del comercio generalmente en la mayoría de las legislaciones en el mundo. Ahora, con la manipulación de los gametos humanos antes de la implantación como ya lo hemos venido expresando, es posible considerar la vida humana en sus primeros estadios de desarrollo, como un producto comerciable, ofreciendo con esto inconvenientes financieros para que la gente participe como enajenante separando la maternidad gestacional de la genética como resultado de la sustitución de la madre con fines comerciales como puede ser, cuando la inseminación artificial se lleva a cabo con una madre sustituta. Esto cuando la producción de vida humana es tomada con fines de lucro y no por altruismo o solidaridad humana, convirtiendo a la

inalienabilidad de la persona en un asunto de política social. No obstante, es preciso hacer una distinción entre el pago de gastos legítimos y el ofrecimiento de incentivos financieros por parte de agencias de propagación comercial o de intermediarios en arreglos con fines de lucro. Cualquiera que sea la postura adoptada, debe de prevalecer este principio de inalienabilidad, por lo cual exige que se regule para que no caiga en esa comercialización con la finalidad de protegerse contra la posible explotación.

El proceso de la inseminación tiene que ser acompañado de un buen servicio por parte de los usuarios de éste. En la actualidad se le ha dado poca prioridad a estas técnicas de concepción con ayuda médica en lo que se refiere a los legisladores y dentro de los diferentes sistemas de salud, por factores como la disparidad en su accesibilidad dado que son procedimientos caros que no están al alcance de toda la población, ya que se realizan en hospitales privados en la ciudad de México; éstas prácticas son mayormente realizadas en Europa y Estados Unidos o en el caso de México en el Hospital de Perinatología o "Los Ángeles" en el Distrito Federal.

Otro punto al respecto son los criterios médicos, sociales y económicos para su aplicación que deben de tomarse en cuenta, en lo personal consideramos que debe de establecerse un criterio uniforme para los centros que la realicen como para los médicos que la efectúen. La idoneidad de la

atención a la salud se ha puesto en tela de juicio en lo que se refiere a la capacitación, establecimiento de servicios, disponibilidad y accesibilidad, por lo cual, también tiene que normatizarse en cuanto a los criterios para la prestación de esta clase de servicios y el examen de las parejas para determinar si reúnen los requisitos para el tratamiento. "Para este contexto existe un consenso general respecto de la necesidad de integrar o establecer servicios de concepción con ayuda médica acordándose que cualquiera que sea la organización dentro del marco de un sistema de atención a la salud, debe ir aparejada de una debida formación e idoneidad del personal clínico de laboratorio, enfermería y orientación, por ejemplo, los orientadores deben de ser capaces de describir las técnicas existentes; las posibilidades y consecuencias médicas, sociales, económicas y jurídicas; también es preciso introducir programas de control de calidad para descubrir los aspectos clínicos y de laboratorio que incluyan servicios clínicos y de investigación a través de procedimientos de acreditación como puede ser un examen ético. Las prácticas deben de fiscalizar y sistematizar los resultados para la transmisión de los participantes de una forma que sea fácil de comprender debiendo prestarse servicios inmediatos y accesibles de conformidad a los criterios médicos y sociales debiendo ser ampliamente publicados y de calidad comparable dentro de una región determinada."⁶²

⁶² ESPINOZA SARZA, Roberto. Op. cit. p. 293

En particular lo que se refiere a los criterios para la prestación de servicios médicos, sociales y las políticas para la formación de bancos de material genético humano; el número de hijos concebidos con semen de un solo aportador; el mantenimiento de registro, el anonimato; la vinculación de las fichas o los registros y el seguimiento, son asuntos que deben de quedar bien claros y conocerse bien, por lo cual, es preciso examinar minuciosamente a los aportadores y receptoras para determinar su idoneidad y normalizar esos exámenes. Pero además de la incorporación de estos aspectos a nuestra legislación, la calidad de servicios consideramos que requieren:

- a) La iniciación y fomento de la autorregulación profesional en las primeras etapas de la formulación de las técnicas con el fin de contribuir a la creación de una política nacional.
- b) Una integración en lo que se refiere a la práctica de la concepción asistida a través de programas que orienten a la gente.
- c) Disponibilidad de esos servicios para determinar que sean proporcionados con la calidad necesaria a través de la manutención de registros adecuados.

Como podemos apreciar, sobre esta materia existe una gran gama de opiniones que van desde el rechazo a este tipo de operaciones terapéuticas, hasta la aceptación, la cual es llevada al extremo de tratar de mejorar la raza humana, a través de la manipulación genética. Como ya lo indicamos con anterioridad, nosotros nos colocaremos en una situación en que se contemple

la realidad y las posibilidades que se puedan dar siempre y cuando vayan en beneficio de la raza humana y de la sociedad, por lo cual daremos siempre una opinión y criterio que salvaguarde primordialmente los intereses de la persona como ya hicimos referencia anteriormente, evitando los extremismos en uno u otro sentido durante la presente investigación.

3.4. Consecuencias jurídicas en relación a la fecundación asistida (Consentida por parejas lésbicas y/o de homosexuales).

La fecundación asistida o también denominada "consentida" por parejas lésbicas o de homosexuales, no deja de ser un riesgo para el así procreado (hijo). En primer lugar, porque, la concesión de la adopción de un menor a éste tipo de parejas trae como consecuencia que en la mayor de las veces no se dé; la iglesia, la sociedad y el Estado de Derecho no ven con beneplácito tal adopción por razones obvias.

En lo que a la fecundación asistida se refiere, para este tipo de parejas el riesgo de contagio en el futuro para el bebé, es mayor, no sólo en adoptar éste sus mismas preferencias sexuales, sino otras enfermedades derivadas de sus inclinaciones sexuales de los futuros "padres".

Atendiendo a la generalidad de la Ley ésta, al admitirse la fecundación asistida para éste tipo de parejas, también se incluirían a los homosexuales, los

transgeneros y toda clase de desviados sexuales que en nada beneficiaría al bebé, razón por la cual se deben tomar toda clase de precauciones de tipo jurídico, médico, moral, psicológico y económico para estas parejas, razón por demás suficiente para no permitir tal situación y en caso de hacerlo debe ser para casos y personas especiales.

3.4.1. La Fecundación Asistida frente a la relación jurídica paterno-filial.

El procedimiento de la inseminación artificial en seres humanos pone en peligro la filiación, pues si bien la maternidad se prueba con el sólo nacimiento, la paternidad por el contrario, es un secreto de alcoba y de ahí que la ley establezca una serie de presunciones respecto de quiénes se deben considerar descendientes de matrimonio. Esas presunciones las establece el Código Civil para el Distrito Federal, en sus artículos 324 y en el 325 del propio Ordenamiento se dispone que: "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer, en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento."

Cualquier mujer cuyo esposo o concubino esté separado de ella por cualquier causa, por varios meses, cuando éste regrese y ella esté embarazada, podrá aducir y preparar pruebas, de que fue teleinseminada con semen de su esposo o concubino. Creemos que esta simple anotación nos hace ver lo

delicado de la cuestión y lo difícil que se torna el determinar si un descendiente es o no del esposo o del concubino.

Llegado el caso de que la mujer invoque la teleinseminación y tenga preparadas pruebas de tal magnitud, que la hagan creíble ¿Cómo va a poder un esposo o concubino, invocar la presunción del artículo 325 del Código Civil para el Distrito Federal?

Claro que ese señor esposo o concubino, que ya no podrá impugnar esa paternidad tiene el recurso de testar y no dejarle bienes a ese hijo habido por su pareja a través de la teleinseminación que ella aduzca, pero inclusive en este caso, la madre del hijo, si es menor, puede pedir la inoficiosidad del testamento, en cuanto se necesiten alimentos para cumplir con la obligación de dárselos a ese que la ley tendrá que reputar como descendiente del autor de la sucesión.

3.4.2. La Fecundación Asistida frente a la sucesión legítima.

El Derecho sucesorio y en especial la sucesión legítima, se van a ver y de hecho ya se están viendo afectadas seriamente por la inseminación artificial y ello es fácil de comprender:

- a) "En el caso de que la mujer, esposa o concubina, invoque la teleinseminación, se planteará una situación en donde el esposo o concubino estará imposibilitado para aducir la no paternidad y aunque disponga por testamento de sus bienes, siempre habrá el

recurso de la inoficiosidad si el descendiente que se le atribuye como suyo, es menor de edad.

b) En el caso de que una esposa o concubina se heteroinsemine:

a') Con consentimiento de su pareja, y

b') Sin consentimiento de su pareja.⁶³

a') Con consentimiento de su esposo o concubino.- Podrá pensarse que en este caso no hay dificultad alguna ya que si su pareja admite que su esposa o concubina se heteroinsemine, pues él está admitiendo que ese descendiente de su pareja, sea descendiente suyo.

No obstante, la cosa no es así de fácil, ya que toda la filosofía que inspira la idea de descendiente de matrimonio (artículo 324 del Código civil para el Distrito Federal) para los efectos de la sucesión legítima, está fundada en la idea de que tal descendiente, es producto de la unión carnal del marido y la esposa y aquí no ha sucedido tal cosa, pues el fruto resulta de un semen extraño al esposo; resulta del semen de un tercero para los efectos de ese matrimonio civil o eclesiástico.

Pero y qué, si el marido lo acepta?; pues qué, entonces conforme al Código Civil para el Distrito Federal, se podrá impugnar la sucesión legítima de ese descendiente de la esposa y no del autor de la herencia, por los que tengan

⁶³ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Op. cit. p. 560.

legítimo interés en ello, fundándose en que en la actualidad la inseminación artificial en México, puede estimarse aún como una práctica contraria a las buenas costumbres y se podría invocar el artículo 1830 del Código para el Distrito Federal, en donde se determina que es ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres y en ese caso se podría pedir la nulidad de la aceptación del marido para que su esposa hubiera sido heteroinseminada, aceptación que sin duda implicó un acto convencional entre él y ella y si se llegara a decretar esa nulidad, daría por resultado que se tendría que concluir que ese descendiente era de la esposa, más no del esposo ya para entonces autor de la herencia, colocándolo así como heredero.

Ahora, si se admite que esa práctica no es contraria a las buenas costumbres, como nosotros opinamos, entonces se tendrá que considerar que sí es posible que se abra la herencia legítima para ese descendiente tenido por inseminación artificial, heteroinseminación, de la esposa o concubina.

En el Código Civil del Distrito Federal del 2000, se le agregó un segundo párrafo al artículo 326 de dicho ordenamiento, en el cual se dispone que: **"Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."**

Pero como todo lo que hicieron esos estultos miembros de la I Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, lo dejaron a medias y ya no se ocuparon de muchos otros temas sobre esta fecundación artificial y así dejaron en el vacío los problemas que anotamos enseguida.

¿Qué sucederá si después de heteroinseminada la esposa y haber tenido así un descendiente dentro del matrimonio y pasado algún tiempo el marido supera la deficiencia que le impedía embarazar a su mujer y lo logra? Se tendrá en este caso, la situación de que la esposa tiene un descendiente dentro de su matrimonio, que no fue engendrado por el esposo, pero que es por ley descendiente de su esposo y tienen también otro descendiente, entre sí, como se entiende por la ley civil. Un descendiente, es pariente consanguíneo biológico y el otro descendiente es pariente consanguíneo, por equiparación, pero no biológico de su padre.

Y no se crea que este caso no pueda darse en la realidad, pues ya ha sucedido.

¿En el anterior caso en que hay dos descendientes hermanos uterinos, pero de diferente padre, aunque a ambos se les estime de matrimonio, tendrán derecho a heredar por partes iguales como si fueran hermanos de padre y madre? ¿Sólo se les deberá considerar para el efecto de la herencia legítima medios hermanos, como en realidad son y heredar más el hermano de madre y padre, que sólo el de madre?

Todos estos problemas están sin respuesta en la ley, y se debería pensar seriamente en ello por parte de los legisladores y Licenciados en Derecho.

b') Sin consentimiento del esposo o concubino.- En este caso, es indudable que el descendiente que tenga la mujer heteroinseminándose sin consentimiento de su esposo o de su concubino, no se le podrá considerar, para los efectos de la herencia legítima, del esposo o concubinario, pero ello siempre y cuando, ante la impugnación de la paternidad, la mujer no pueda probar que la se heteroinseminó con autorización de su marido o concubinario. Y dada la moral actual en México, dudamos mucho de que se atreviera a tratar de demostrarlo el esposo o concubino, pues ello implicaría una constatación de su incapacidad para engendrar descendientes y eso es gravísimo para un misógino.

En vista de lo que antes exponemos, se puede entender fácilmente que son casos que no tienen nada de extraordinario, que se puedan dar en la realidad, y que como también apuntamos en su momento, tenemos noticias de varios que se han presentado y que ponen en evidencia a las vigentes leyes con muchos año de retraso en comparación con los países llamados del primer mundo y precisamente esto es lo que debe cuidar el legislador, de mantener las leyes al día, y no dedicarse sólo a aprobar los pésimos proyectos que elaboran los desasesores y que le remite el titular del Poder Ejecutivo; estar pendiente de la dinámica social y los cambios que sufre, teniendo la vista puesta en el porvenir a efecto de satisfacer las necesidades y problemas sociales que se van

creando antes de que lleguen a tal magnitud que se genere un escándalo público y se hayan cometido múltiples injusticias, por la inexistencia de un marco jurídico, consecuencia de la falta de probidad de nuestros legisladores, dejando una doble carga al poder judicial, la de aplicar las leyes y legislar al momento de interpretarla, mediante la pronunciación de las tesis jurisprudenciales.

3.4.3. La Fecundación Asistida, "consentida" por parejas lésbicas o de homosexuales.

En primer lugar, se señala que el resultado de las investigaciones ha confirmado que haciendo un estudio comparativo entre las familias de padres heterosexuales y las de homosexuales o de lesbianas, así como entre las familias con hijos de heterosexuales y las existentes con hijos de homosexuales o de lesbianas, tanto la estructura como el desarrollo y convivencia de los miembros en las mismas es bastante uniforme; lo que muestra, bajo la perspectiva de los especialistas, que los estereotipos comunes no concuerdan con las investigaciones y las estadísticas que se han efectuado en los últimos años.

Se plantea que existe la creencia, normalmente reflejada tanto en las decisiones de los Jueces como en la legislación y políticas públicas, de que los homosexuales y las lesbianas no son adecuados ó dignos de ser padres. También, que en muchos lugares todavía se considera que las lesbianas y los

homosexuales son enfermos mentales y que las relaciones de pareja con sus compañeros no dejan mucho tiempo para la convivencia padre-hijo. En este sentido, nos indica Patterson, "los resultados obtenidos por los especialistas muestran nuevamente que las investigaciones han fracasado en confirmar cualquiera de estas afirmaciones."⁶⁴

Por otro lado, se han señalado por sectores específicos, como lo es el Poder Judicial, temores respecto a la adopción de menores por parte de homosexuales y lesbianas:

- o "El primer argumento de los Jueces, Ministros y Magistrados, nos dicen, se refiere al desarrollo de la identidad sexual, en el sentido de que el menor criado por homosexuales o por lesbianas tenderá a mostrar problemas en su identidad, en su comportamiento o en su rol sexual. Inclusive se ha llegado a afirmar que este tipo de niños corren el peligro de convertirse en homosexuales o lesbianas, es decir, que presentarán problemas en cuanto a su orientación sexual.
- o El segundo argumento contempla problemas relacionados con el desarrollo psicológico del menor, distintos del de la identidad sexual. Y nos señalan como un ejemplo que las Cortes han expresado su miedo a que los niños que se encuentren bajo la custodia de padres homosexuales o de madres lesbianas, sean más vulnerables a desarrollar un problema mental y/o emocional

⁶⁴ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. Derecho de los Homosexuales. 2ª edición. Edit. Cámara de Diputados. México, 2000. p. 35.

que implicaría, por las circunstancias, más dificultades para su solución y conflictos más severos respecto de los problemas de conducta del menor.

- o El tercer argumento habla del miedo de la Corte a las dificultades de un menor, de padres homosexuales o de madres lesbianas; para desenvolverse socialmente y establecer amistades o relaciones de cualquier tipo. Mencionan el caso concreto de que los Jueces han señalado, en varias ocasiones, su preocupación de que el niño que vive con una madre lesbiana pueda ser estigmatizado, molestado o traumatizado, de algún modo, por otras personas con las que convive. Finalmente, también ha expresado el miedo a que un menor que vive con un homosexual o una lesbiana, pueda, con más probabilidades, ser sexualmente abusado por sus padres o por los amigos de ellos.⁶⁵

Como respuestas a estas inquietudes por parte de los Jueces, de los Magistrados y de los Ministros se recoge la siguiente información proporcionada por los especialistas.

Por lo que hace a la identidad sexual de los menores, se han realizado varios estudios, en uno de ellos se aplicaron cuestionarios y entrevistas a una muestra de niños, entre los cinco y los catorce años de edad, todos ellos hijos de madres lesbianas, los que presentaron un desarrollo normal de su identidad sexual, es decir, manifestaron estar contentos con su género y no tener ningún

⁶⁵ Ibidem. p. 36.

deseo de ser miembros del sexo opuesto. Otros estudios de identidad sexual mostraron los mismos resultados.

Por esto, se afirma que no existe evidencia positiva de que la identidad sexual sea un problema para los hijos de madres lesbianas. Asimismo, Patterson indica que no existen datos sobre el tema para los casos de hijos de padres homosexuales.

Por lo que hace a los roles sexuales que se atribuyen a hombres y mujeres, un número considerable de estudios han examinado este comportamiento en los descendientes de madres lesbianas.

Los estudios reportan que el comportamiento, por cuanto al rol sexual de los hijos de madres lesbianas, cae en los límites típicos de los roles sexuales convencionales y que son iguales a los patrones de comportamiento de los hijos de las madres heterosexuales.

Por lo tanto, establecen que no se han encontrado diferencias entre los hijos de lesbianas y los hijos de madres heterosexuales por lo que hace, entre otros rubros, a juguetes, preferencias, actividades, intereses o en opciones de cualquier tipo.

Respecto al desarrollo social de los menores hijos de homosexuales y lesbianas, se realizaron estudios que evidenciaron que tanto las madres lesbianas como sus hijos mostraban un desarrollo normal en todas sus

relaciones personales (sociales, escolares, laborales y demás) describiéndolas, en términos positivos, dentro del promedio normal.

Por otro lado, hablando de la convivencia de los niños con las amistades de sus madres lesbianas, un estudio reciente mostró que todos ellos habían tenido contacto positivo con dichas amistades y que la mayoría de las madres lesbianas afirmaron que su grupo de amistades estaba formado tanto por homosexuales como por heterosexuales.

Finalmente, también se han hecho investigaciones que muestran cuál es la situación que se ha podido percibir respecto a que los hijos de lesbianas y homosexuales son potenciales víctimas de abuso sexual por parte de sus propios padres o por parte de las amistades.

En este sentido los resultados revelaron que la mayoría de los adultos que realizan este tipo de agresiones son hombres, que el abuso sexual realizado por una mujer es extremadamente raro y, además, que en la gran mayoría de estos casos siempre aparece involucrado un hombre abusando de una adolescente.

Información disponible al público, nos dice Patterson, muestra que los homosexuales no son más propensos a abusar sexualmente de un menor que un heterosexual y agrega que los resultados de los estudios y la literatura existente, en materia de abuso sexual de menores y otros temas relacionados, no permiten afirmar o sostener este temor.

Sobre el tema se pudo observar que en la actualidad la inseminación solicitada por homosexuales y lesbianas sólo es regulada por la legislación correspondiente en Canadá, en las provincias de Alberta y la Columbia Británica. En el caso de los Países Bajos aún no existe legislación vigente sobre la opción de adoptar por parte de parejas del mismo sexo, sin embargo, la misma legislación establece la posibilidad de que tales disposiciones puedan entrar en vigor. Por lo que respecta a nuestro país tal situación es considerada como inmoral y no considero que se lleve a cabo bajo ninguna circunstancia de acuerdo a nuestra idiosincrasia jurídica y social.

Por lo tanto, se debe legislar en forma adecuada, con la plena convicción de que las personas solteras que tenga a acceso a la reproducción médicamente asistida, reúnan los perfiles médicos y psicológicos necesarios para tener acceso a la misma, con el interés supremo de que los niños que nazcan mediante dicha técnica terapéutica gocen de todas las garantías y seguridades a que tiene derecho, como lo señala el artículo 4 de nuestra Constitución Federal, el artículo 2 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño y el artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal .

CAPÍTULO CUARTO

IV.- NECESIDAD DE REFORMAR EL ARTÍCULO 293 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En la actualidad, consideramos que el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal en su párrafo segundo debe modificarse, toda vez que aun con la reforma sufrida el día 6 de septiembre del año próximo pasado, el mismo no da una respuesta adecuada a las necesidades actuales de nuestra sociedad, así como el de no ser claro en su texto, dado que, aún con los avances que ha tenido el Código Civil en cita, no preceptúa de manera específica lo relacionado a la reproducción asistida, porque desde nuestro particular punto de vista los avances de la tecnología no son acordes con los avances jurídicos.

Por lo antes señalado, será oportuno precisar lo siguiente:

4.1. Planteamiento del Problema.

De la reforma del día 6 de septiembre del año 2004, el artículo 293 del Código Civil en su segundo párrafo, establece lo siguiente:

"Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo."

De la anterior redacción de este artículo se derivan varias hipótesis, en primer lugar, el primer párrafo señala, que "el parentesco por consanguinidad, es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común."

De acuerdo a lo planteado en la reproducción asistida, hay un tronco común de la madre y del padre.

El párrafo segundo, es controvertido, por que por un lado establece de manera dirimente que "También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores." Sin señalar en el mismo Código, qué se entiende por reproducción asistida y la forma en que debe expresarse dicho consentimiento.

Considero que el procedimiento de la inseminación artificial o reproducción asistida en los seres humanos, pone en peligro la filiación, pues si bien la maternidad se prueba con el sólo nacimiento; la paternidad por el contrario, es un secreto de alcoba, como lo sostiene el jurista Ernesto Gutiérrez y González, de lo cual deriva una serie de presunciones que la ley establece, respecto de quienes se deban considerar descendientes de matrimonio.

De igual forma, el artículo 293 con su segundo párrafo es contradictorio con el artículo 325 del mismo Código Civil para el Distrito Federal, donde se establece que: "Contra esta presunción no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible tener acceso carnal con su mujer, en los primeros 120 días de los trescientos que han precedido al nacimiento."(Presunción de hijos de cónyuges).

Como podemos ver, de acuerdo a la lectura de tal artículo no existe presunción ante la práctica de la reproducción o inseminación asistida, ya que cualquier mujer cuyo esposo o concubino, esté separado de ella por cualquier causa por varios meses, cuando éste regrese y ella esté embarazada, podrá ésta aducir y preparar pruebas, de que fue inseminada con semen de su esposo o concubino y por lo tanto, el concebido o nacido es hijo del esposo o concubino, y romper así con la presunción legal que establece el artículo 324 del Código Civil para el Distrito Federal.

Consideramos que con este simple razonamiento y deducción nos damos cuenta de lo delicado de esta situación y lo difícil que se torna el determinar si un descendiente es o no del esposo o del concubino.

De la lectura del artículo 293 en su párrafo segundo se da el problema de que, efectivamente, el parentesco por consanguinidad vincula a los que desciendan de un tronco común (la madre) no así del padre, lo cual para nosotros el tronco común debiera ser el padre y la madre pero, si nos colocamos al otro extremo, de acuerdo a la práctica de la reproducción asistida, la cuál no está debidamente regulada en nuestro ordenamiento civil, si esta se da mediante inseminación artificial a otra persona ajena a la relación, de hecho existente entre homosexuales o lesbianas y debe guardarse el secreto ya sea del aportador del semen y de la que presta el vientre para ser inseminado, el parentesco por consanguinidad no se da entre los que soliciten dicho servicio (de prestación de vientre o inseminación) y más aún, no hay descendencia de un tronco común, sino que dicha descendencia será producto de un tercero ajeno a la relación.

Así mismo, de la lectura del segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, derivamos que limita para procrear hijos nacidos mediante el método de reproducción asistida a los cónyuges y concubinos, sin que contemple en forma alguna la posibilidad de que mujeres solteras, puedan tener hijos mediante dicha técnica, lo cual en la actualidad crea un problema, dado que existe infinidad de mujeres solteras que actualmente desean tener

hijos, sin que exista un vínculo con la persona que aporta el semen y la reforma que sufrió el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, no satisface de ninguna manera las expectativas de la sociedad, dado que, de todos modos, nada les impide realizar la práctica de técnicas de reproducción asistida (mujer con infertilidad secundaria, no estéril, cuyos óvulos son fecundados con semen comprado o aportado gratuitamente por un tercer extraño conocido o desconocido, y el embrión resultante pudo haber sido gestado en vientre subrogado) en dichos casos la solución sería el reconocimiento de la paternidad con todas las obligaciones a que alude el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal; sin embargo ese no es el caso, sino que se reforme de nueva cuenta el párrafo segundo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, para el efecto de que se contemple en dicha reforma la posibilidad de derecho, de que las mujeres solteras en especial puedan tener hijos mediante la técnica de reproducción asistida, sin que tengan la necesidad de subsanar la laguna en la ley, con el reconocimiento de maternidad.

Como ya lo habíamos mencionado en su oportunidad, el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal, no indica la forma en que se deba dar el consentimiento por los cónyuges o concubinos, para obtener un hijo mediante la técnica de reproducción asistida, por lo cual es necesario remitirse a los artículos 326 segundo párrafo, 329 y 341 del Código Civil para el Distrito Federal, los cuales nos indican que la manera de dar ese consentimiento, es en forma expresa; es decir, por escrito; sin embargo, dichos

artículos no indican cuáles son las formalidades de dicho consentimiento expreso, si debe ser mediante escritura pública o bien, mediante escrito privado con asistencia de dos testigos, pues bien a nuestro criterio cualquiera de estas dos formas pudieran ser las adecuadas, siempre y cuando se tenga la certeza de que se ha dado dicho consentimiento sin vicio alguno, que en su oportunidad lo invalidará.

Otro problema que se presenta en la reproducción asistida se da en materia de sucesión mortis-causa, es decir, el Derecho Sucesorio, y en especial la sucesión legítima, figura que ha sido afectada seriamente por la reproducción asistida o inseminación artificial y ello es fácil de comprender por lo siguiente:

- a) En el caso de que la mujer, esposa o concubina, invoque la teleinseminación, se planteará una situación en donde el esposo o concubino estará imposibilitado para aducir la no paternidad, y aunque disponga por testamento de sus bienes, siempre habrá el recurso de la inficiencia si el descendiente que se le atribuye como suyo, es menor de edad, dado que el de cuius deja una deuda alimentaria que es de carácter prioritario.

b) En el caso de que una esposa o concubina se heteroinsemine:

a') Con consentimiento de su pareja, y

b') Sin consentimiento de su pareja.

a'). Con consentimiento de su pareja.- Podrá pensarse que en este caso no hay dificultad alguna ya que si su pareja admite que su esposa o concubina se heteroinsemine, pues él está admitiendo que ese descendiente de su pareja, sea descendiente suyo.

No obstante la cosa no es así de fácil, ya que toda la filosofía que inspira la idea de descendiente de matrimonio para los efectos de la sucesión legítima, está fundada en la idea de que tal descendiente es producto de la unión carnal del marido y la esposa, y aquí no ha sucedido tal cosa, pues el fruto resulta de un semen extraño al esposo; del semen de un tercero para los efectos de ese matrimonio civil o eclesiástico.

b'). Sin consentimiento de su pareja.- Hipótesis que se presenta si él marido no lo acepta; pues, entonces, conforme al artículo 333 del Código Civil para el Distrito Federal, se podrá impugnar la sucesión legítima de ese descendiente de la esposa y no del autor de la herencia, por los que tengan legítimo interés en ello, dado que en tales condiciones el esposo no dio su consentimiento por escrito para la gestación del infante, mediante la utilización de la técnica de inseminación artificial, y además en que en la actualidad la

reproducción asistida en México, puede estimarse aún como una práctica contraria a las buenas costumbres, y se podría invocar el artículo 1830 del Código en donde se determina que es ilícito lo que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, y en ese caso se podría pedir la nulidad de la aceptación del marido para que su esposa hubiera sido heteroinseminada, aceptación que sin duda implicó un acto convencional entre él y ella, y si se llegara a decretar esa nulidad, daría por resultado que se tendría que concluir que ese descendiente era de la esposa, mas no del esposo, ya para entonces autor de la herencia, por lo tanto sin derecho a suceder.

Ahora, si se admite que esa práctica no es contraria a las buenas costumbres y se constata que se dio el consentimiento por escrito, entonces se tendrá que considerar que sí es posible que se abra la herencia legítima para ese descendiente tenido por inseminación artificial, de la esposa o concubina.

En el Código Civil para el Distrito Federal, en la reforma sufrida el día 25 de Mayo del año 2000, se le agregó un segundo párrafo al artículo 326, en el cual se dispone que: "tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos."

Por lo anotado, considero que el artículo 293 en su párrafo segundo debe modificarse a efecto de estar acorde con la realidad social y los cambios de la ciencia.

4.2. Hipótesis del sustentante para solucionar el problema.

Iniciaremos este tema, precisando los posibles problemas a que se enfrentan figuras jurídicas como la sucesión legítima, ante las innovaciones y cambios que trae consigo la vida moderna, tales como la fecundación asistida en sus diferentes aplicaciones.

Ya anteriormente se había señalado, que uno de los principios más importantes dentro de la relación paterno-filial, es la existencia de un nexo biológico entre padres e hijos, porque de él, nacerán los derechos y deberes recíprocos entre dichos sujetos, y lógicamente entre los derechos a los que nos referimos se encuentra el sucesorio, según el cual, en materia de la sucesión legítima, los familiares consanguíneos en línea recta y muy especialmente los descendientes, ostentan el derecho prioritario para suceder al *de cuius* en todos los deberes, obligaciones y derechos que impliquen el ser titular de un patrimonio.

Tal como lo señala el encabezado de este apartado, nos interesa resaltar la problemática que a nuestro juicio pueda surgir con la práctica de la fecundación asistida, ante los principios de la sucesión legítima, por ser ésta

una de las figuras jurídicas que se ve relegada con la aplicación de los avances científicos en materia de reproducción humana. Se hace este comentario en virtud de que el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1602 establece quiénes son las personas que por sucesión legítima heredarán al *de cuius*, de dicho artículo se entiende que los llamados a suceder al titular de la herencia, serán aquéllas personas que lleven su sangre.

Lo anterior nos hace reflexionar, acerca de las múltiples situaciones que se presentan, con la práctica de la fecundación asistida que repercuten en la esencia de la sucesión legítima.

Desde luego que también es importante analizar detenidamente, hasta qué punto la reglamentación del Código Civil vigente, puede responder o dar solución a las posibles situaciones que tengan verificativo con la aplicación de la reproducción asistida.

Se hace este comentario, en virtud de que se presentan situaciones en donde, la sucesión legítima, los hijos del *de cuius* no son consanguíneos de éste o de igual forma, si se viola el secreto del nombre del aportador del semen, lo que nos hace dudar si dichos hijos tendrán derecho a la herencia de su padre o madre, ya que se contradice, en el primer caso, el principio de que sólo puede haber herencia legítima por consanguinidad o por adopción. En este caso consideramos más importante el bienestar y la seguridad del menor (es por eso que la ley debe regular dichos casos, ya que deben de tener derechos y obligaciones recíprocos aunque no sean parientes consanguíneos), es por ello

que consideramos de poca relevancia el hecho de que se contradiga el principio señalado, ya que lo importante es que dicho niño fue reconocido por su padre o por su madre según sea el caso, y aunque no existen lazos de consanguinidad, ese hijo quedará investido con todos los derechos propios de un hijo biológico, tal como lo señala el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, el cual dispone:

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

- I. A llevar el apellido paterno de sus progenitores, o ambos apellidos del que lo reconozca.
- II. A ser alimentado por las personas que lo reconozcan.
- III. A percibir la porción hereditaria y los alimentos que fije la ley.
- IV. Los demás que deriven de la filiación."

Respecto al segundo caso, en el que se viole el secreto del aportador del semen, el hijo también tiene derecho a heredar de dicho padre madre biológica ya que, como lo hemos mencionado, el Código Civil para el Distrito Federal vigente establece que por sucesión legítima tienen derecho a heredar en primer lugar los descendientes de sangre.

Como ya lo hemos mencionado, es importante establecer si el Código Civil para el Distrito Federal, responderá ante todos los casos en que la fecundación asistida origine conflictos interpersonales como ya los mencionamos en el capítulo anterior y en los dos párrafos anteriores, con una solución a los mismos, y en aquellos en los que no existieran preceptos que

contemplen una posible solución para situaciones sin precedentes, entonces se hace necesaria la modificación al Código Civil para el Distrito Federal, y en aquéllas materias que lo requieran. Esta sugerencia está plenamente justificada, si nos remitimos a uno de los cometidos por lo que fue creado dicho ordenamiento, ya que manifiesta en su exposición de motivos, entre otras muchas ideas, la que a continuación transcribimos textualmente:

"Para legislar no debe tenerse en cuenta solamente las necesidades actuales y manifiestas de la sociedad, porque hay necesidades ficticias cuya satisfacción acarreará gravísimos males, porque hay legítimas necesidades latentes que es preciso descubrir y remediar; porque hay necesidades antagónicas que es forzoso armonizar y porque el legislador debe tener los ojos fijos en el porvenir."⁶⁶

El contenido de este pequeño párrafo de la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, da las bases necesarias para invitar al legislador a crear nuevas disposiciones en materia de Derecho Familiar, que contemplen la fecundación asistida como método terapéutico. Lo anterior se apoya con el consentimiento de las partes que intervienen en el procedimiento de la reproducción humana asistida, ya que con base en ese consentimiento podrían justificarse jurídicamente, diversas situaciones en materia de Derecho

⁶⁶ ESPINOZA SARZA, Roberto. Op. cit. p. 168.

Familiar, que no existían cuando las leyes que nos rigen actualmente fueron creadas.

Como ya se ha señalado, existen situaciones en las que dada la práctica de la fecundación asistida, se originan acontecimientos que sí pueden regularse en la legislación vigente en materia civil, pero qué pasa cuando se presentan situaciones que no pueden ser reglamentadas conforme a derecho, como es el caso de la reproducción asistida post-mortem (de la que debemos decir que es una inseminación homóloga que se lleva a cabo después de que fallece el marido), cuando se viola el secreto del nombre del dador del semen, la maternidad subrogada, entre otros que ya se mencionaron en la parte última del capítulo anterior. El primer caso en particular, cobra relevancia en materia de sucesiones, ya que el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 324 establece los términos dentro de los cuales deberá nacer un niño para que se considere como hijo de matrimonio, dentro de los trescientos días después de disuelto el vínculo o muerto el marido, de ahí que tratándose de una inseminación post-mortem, la viuda tiene que demostrar fehacientemente que ese hijo lo es también de su difunto esposo, ya que ella fue inseminada con esperma congelado de éste, mismo que se obtuvo antes de que falleciera. Aquí se presenta un caso complicado, ya que ese hijo no nacerá dentro del término de trescientos días contados a partir de la muerte del marido; sino tal vez mucho después, y cuya presunción legal perjudica al menor.

Y más complicado se hace este tema, si nos colocamos en la hipótesis de una maternidad subrogada postmortem, a partir de embriones criopreservados, provenientes de un matrimonio donde ambos integrantes ya fallecieron y por testamento declararon su voluntad de atribuirse el carácter de progenitores.

“Lo anterior da la pauta para entender que el Código Civil para el Distrito Federal, tiene que ser modificado en cuanto a las reglas de sucesión se refiere, ya que en el caso que hemos citado, aún cuando el hijo es genéticamente del marido, jurídicamente está naciendo fuera de matrimonio, aunque de acuerdo con los fines de la fecundación asistida, no es recomendable la fecundación post-mortem y pensamos no se debe autorizar ya que el niño debe nacer dentro de matrimonio o concubinato y en este caso le faltará el padre.”⁶⁷

Por otro lado, consideramos necesario que la disposición contenida en el artículo 389 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, en la que se establecen los derechos que debe tener un hijo reconocido, tiene que hacerse valer en aquellos casos en los que se haya practicado alguna clase de reproducción asistida, sin tener que recurrir a la figura del reconocimiento de paternidad.

Aún cuando la legislación actual en materia de Derecho Familiar, dé soluciones a algunas de las situaciones que se presentan con el uso de la fecundación asistida, otras tantas de estas situaciones quedan sin respuesta, o

⁶⁷ Ibidem. p. 172.

por lo menos crean la duda de cuál será el procedimiento a seguir para reglamentar cada caso en particular, como se ha establecido en la parte final del capítulo anterior.

Con relación a la situación de que se viole el secreto del nombre del aportador del semen, creemos que el niño nacido por fecundación asistida debe tener derecho a investigar cuál es su verdadero origen, es decir, establecer la relación paterno-filial, sólo en los casos en que sea abandonado al momento de su nacimiento o sea desconocido por sus padres legales y debe de tener en todos estos casos derecho a sucederles en la herencia. Así lo establece nuestro Código Civil, el cual menciona que tienen derecho a heredar por sucesión legítima los descendientes en primer lugar, y no habría lugar a duda que son parientes consanguíneos de sus padres genéticos ya que tendrían como pruebas los antecedentes médicos de la fecundación asistida.

Por lo que respecta, a la maternidad subrogada conforme a nuestro derecho vigente que establece: "no existen derechos ni obligaciones derivados del parentesco genético entre la aportadora del óvulo y el nuevo ser, de aquí la necesidad de adecuar las normas jurídicas que determinan la filiación, para prevenir los alcances jurídicos de esta nueva figura, ya que no es justo negar el derecho a la herencia que tienen los hijos biológicos, nacidos a través de la maternidad subrogada, por el sólo hecho de que la ley no prevé que la maternidad no basta comprobada con el parto."⁶⁸

⁶⁸ MAILLET, Marc. Op. cit. p. 301.

Por otro lado, es de suma importancia determinar si legalmente puede llevarse a cabo un contrato de esta naturaleza, en donde está en juego el futuro de un niño, ajeno a todas estas maquinaciones que rodean su concepción y nacimiento.

En relación a lo planteado, considero que la solución a esta problemática estribará en que se actualice la legislación civil en lo conducente a la reproducción asistida, en la que se contemple las materias mas importantes, como son la sucesión legítima, el parentesco, alimentos y la filiación, entre otras.

4.3. Justificación de la propuesta.

En varias ocasiones hemos reiterado que los avances técnicos y biológicos en materia de reproducción humana, tienen actualmente una fuerte repercusión en el campo de lo jurídico, por lo que provocan el surgimiento de situaciones novedosas, que al no tener ningún antecedente, están fuera de cualquier reglamentación existente en nuestro derecho.

Cabe señalar que, si nuestras leyes fueron creadas hace ya muchos años, es evidente que no van a contemplar situaciones o acontecimientos que en la época de su creación no existían, pues las necesidades de la sociedad a la que servían eran otras; sin embargo, estamos conscientes de que el derecho no debe permanecer estático, y que tiene que ir a la par de las transformaciones y necesidades de la sociedad a la que rija; no solamente en lo que a Derecho Familiar se refiere, sino que se tome en cuenta desde ahora, su posible repercusión en otras áreas de nuestra legislación, como el Derecho Penal, para determinados casos en que ciertas conductas relacionadas con la reproducción asistida, puedan constituir algún delito.

Las figuras jurídicas, que a nuestro juicio requieren de una renovación en sus principales lineamientos para dar cabida en ellos a la fecundación asistida, son principalmente: el Derecho Penal, el Matrimonio, la Filiación, el Divorcio y las Sucesiones.

Debemos aclarar que no es nuestra intención profundizar en cada uno de estos temas, en atención a que el punto fundamental de este trabajo, está dirigido al estudio de la filiación, sin embargo, no podemos pasar desapercibido, el hacer algún comentario sobre las figuras jurídicas ya citadas, que de una u otra forma están relacionadas con la reproducción asistida.

Como ya se ha señalado, es de suma importancia que los legisladores se aboquen al estudio de las posibles repercusiones de la fecundación asistida en el Derecho Familiar y no esperar a que se presenten conflictos interpersonales que están fuera del alcance del Derecho que actualmente nos rige.

El presente trabajo está basado, principalmente, en la necesidad de renovar la legislación y el derecho Familiar en particular, de acuerdo a las condiciones de la vida moderna, dado que, no puede permanecer ajeno al colosal movimiento de transformación que la sociedad experimenta.

Con relación a esto, hay varios autores que opinan que efectivamente sí es necesaria una adición, una reforma al Código Civil para el Distrito Federal o incluso otros llegan a afirmar que es necesaria la creación de un Código Familiar que regule todos los aspectos que hemos señalado en el presente trabajo y que repercuten finalmente en el individuo y en su núcleo familiar.

Tal es el caso de Ruggiero al establecer que: "El Derecho Familiar se asoma al mundo jurídico con independencia, apoyado en principios propios, particulares, característicos de su objeto de estudio y protección."⁶⁹

Asimismo, durante la celebración del primer Congreso Nacional sobre Derecho Familiar, "se propuso un anteproyecto de Código Familiar para el Distrito Federal, en donde sus instituciones eran tratadas con estricto apego a

⁶⁹ RUGGIERO. Roberto. Instituciones de Derecho Civil. 7ª edición, Edit. Cajica, Puebla, México, 1990. p. 381.

la realidad social y atendiendo a la generalidad de los casos y al mismo tiempo quedó bien establecido que México necesita la promulgación de un Código Familiar.⁷⁰

De igual forma el maestro José Barroso Figueroa, opina lo siguiente: "El objeto de estudio del Derecho Familiar: las relaciones de sus miembros, pierden su individualidad y son reguladas en conjunto, como un grupo, a diferencia del Derecho Civil, donde su contenido: las relaciones personales, atienden sus propios intereses al margen de la colectividad."⁷¹

De la misma manera, la Licenciada Laura Beatriz Guiza Cabrera, establece en su tesis que: "no existe en la actualidad norma alguna que regule la fecundación In Vitro y mucho menos en el caso de la maternidad subrogada, por lo que es necesario regularla, porque aunque en nuestro País las consecuencias no han llegado todavía a los tribunales, es necesario asimilar su presencia y ponderar la posición de la madre biológica para que sea ésta la madre jurídica también."⁷²

Por último, el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que: "En vista de lo que antes exponemos, que son, como puede entender fácilmente el lector alumno, casos que no tienen nada de extraordinario, que se pueden dar en la realidad, y que como también apuntamos tenemos noticias de varios que

⁷⁰ GÚTRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Op. cit. p. 266.

⁷¹ Cit. Por GÚTRÓN FUENTEVILLA, Julián. ¿Qué es el Derecho Familiar? Op. cit. p. 267.

⁷² Cit. Por QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Op. cit. p. 139.

se han presentado, ponen en verdad a las vigentes leyes con 80 años de atraso, y esto es lo que decimos en el apartado 493, que debe cuidar el legislador: mantener las leyes al día, y no dedicarse sólo a aprobar los proyectos que le remite el titular del Poder ejecutivo; estar pendiente de los cambios sociales, y tener la vista puesta en el porvenir, a efecto de satisfacer las necesidades y problemas sociales que se van creando, antes de que lleguen a tal magnitud que se genere el escándalo público, y se hayan cometido múltiples injusticias."⁷³

A continuación, presentaremos un ensayo en el que se destacarán los principales lineamientos de nuestra propuesta, basándonos en las repercusiones de la reproducción asistida en el Derecho; todo esto, con la finalidad de que en un futuro cercano se elabore una legislación adecuada a la materia de reproducción asistida; consideramos pertinente que ésta se anexe al artículo 293 párrafo segundo con el propósito ambicioso, de que en su momento se llegue a pensar hasta en un capítulo especial en el Código Civil para el Distrito Federal.

4.4. Propuesta para reformar el artículo 293 párrafo segundo del Código Civil para el Distrito Federal.

Como sabemos, la tecnología en materia de procreación de seres humanos en la actualidad ha tenido una evolución a niveles insospechados que nuestros antepasados jamás se hubieran imaginado a tal grado, que se ha

⁷³ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho Civil para la Familia. Op. cit. p. 236.

extendido hasta el derecho, es decir, éste no debe permanecer estático al respecto sino, por el contrario, debe por medio de sus legisladores sentar las bases para una regulación efectiva sobre este tópico que cada día se da con mayor frecuencia.

El artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, a pesar de que apenas el día 6 de septiembre del año 2004, los miembros de la III Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, lo han reformado en su segundo párrafo, el cual es motivo del presente trabajo recepcional, establece actualmente lo siguiente:

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

Con la propuesta planteo que dicho artículo deberá quedar de la siguiente manera:

"Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

Para el caso del hijo producto de reproducción asistida, el parentesco por consanguinidad se establecerá en relación con los cónyuges o concubinos que la hayan dispuesto de común acuerdo y demuestren fehacientemente su intención de atribuirse el carácter de progenitores, o con la persona soltera que procure el nacimiento para el mismo efecto.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo."

Desde mi muy particular punto de vista, es que debe mantenerse el anonimato del aportador de los gametos cuando se recurre a un extraño para hacer posible la procreación. Las parejas que como último recurso aceptan la intervención de un tercero para crear una familia, difícilmente lo harían si supieran que, llegada la mayoría de edad del hijo, existiría la posibilidad de enfrentar los problemas de carácter psicológico, afectivo y social que implica la revelación de su origen. Tal actitud se opondría a una de las razones del empleo de las nuevas prácticas de procreación asistida consistente en aliviar los problemas psicológicos y sociales de la pareja estéril; de revelarse el origen de la procreación y la identidad del aportador, el problema solamente se aplazaría hasta en tanto el hijo llega a la mayoría de edad.

El primer paso, para una adecuada regulación de la actividad relacionada con el empleo de las nuevas técnicas de la procreación asistida, debe ser la formulación de un capítulo especial en la materia, que complemente las normas básicas de la Ley General de Salud a que nos hemos referido, contemplando los diferentes aspectos de la práctica que actualmente permanecen sin regulación apropiada.

Hasta ahora, como se ha visto, la reproducción asistida se encuentra incluida en la investigación para la salud, cuando en realidad no se trata de una investigación sino de la aplicación de sus resultados, generalmente llevada a cabo por instituciones y científicos extranjeros.

Aspecto importante para salvaguardar la salud del niño procreado mediante la inseminación artificial homóloga y aún la heteróloga, es regular la selección del donador de las células germinales, los requisitos que deben exigirse para serlo, el escrutinio a que debe ser sometido el líquido seminal, y todos los demás exámenes suficientes y necesarios.

La propuesta que se presenta, tiene como finalidad que no escapen de la legislación, los derechos que por el solo hecho de nacer tienen los hijos nacidos por reproducción asistida; así como el de mantener vigentes las obligaciones de las personas que utilizan este medio para considerarse como padres. Ya sean cónyuges, concubinos o personas solteras. Puesto que la reforma que se hizo al segundo párrafo del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, limita el derecho para que únicamente puedan recurrir a ese método de reproducción,

a los cónyuges o concubinos; dejando de contemplar las necesidades sociales que actualmente se presentan, de que una persona soltera (especialmente la mujer) pueda tener acceso a este método de reproducción asistida, obteniendo con ello el parentesco consanguíneo del hijo nacido por reproducción asistida, bajo el abrigo de la ley; y es el Estado, a través de sus entes, quien debe cuidar y proteger al concebido bajo fecundación asistida, en estricto apego a la convención internacional de los derechos del niño.

Por lo que nuestro Código Civil deberá reglamentar en forma adecuada la viabilidad de los padres que pretendan concebir un hijo por reproducción asistida, con la sola finalidad de proteger al infante; es por ello que no solamente es importante, sino necesario que se legisle sobre el particular para que se contemple en la Ley, la gama de necesidades sociales y así dar respuesta al reclamo social.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - El parentesco es la relación jurídica que une a varias personas que pueden ser descendientes de un tronco común (consanguinidad), de una relación conyugal (afinidad) o de un procedimiento civil (adopción), de los que se derivan los derechos y obligaciones.

SEGUNDA.- La filiación es la relación jurídica recíproca que tienen padres e hijos y es independiente de la voluntad de cada uno de ellos, ya que generalmente se forma a partir del nacimiento de una persona; ésta puede ser biológica o jurídica, la primera cuando se parte del nacimiento y la segunda se da a raíz de la adopción, matrimonio o concubinato. También tiene una repercusión patrimonial, porque de ella se derivan los derechos sucesorios y de alimentos, estableciendo, así mismo la maternidad y la paternidad. En nuestros días también puede darse la filiación mediante técnicas modernas de reproducción humana como lo es la reproducción asistida en sus diferentes modalidades.

TERCERA.- La maternidad anteriormente se podía demostrar a partir de dos hechos que son el parto ó alumbramiento y la identidad reclamante con el hijo que la mujer dio a luz; sin embargo, a la fecha también puede darse a raíz de la implantación del óvulo fecundado a la cónyuge, de una mujer extraña ya sea con los espermatozoides del esposo o los de un tercero; así como la de tener un hijo en un vientre que no es el suyo, con la implantación de un óvulo fecundado de ella o de tercera persona, ya sea con los espermatozoides del

esposo o los de un tercero, por lo tanto, la relación madre e hijo, ya no es indudable como rezaba el principio '*Mater semper certa est*', por la complejidad de casos que se presentan actualmente. Ahora bien, en el último de los casos se podrá acreditar la maternidad con documento en el cual se pruebe que ésta dio su consentimiento y que es su intención asumir el carácter de progenitora.

C U A R T A.- En la actualidad, la paternidad también puede ser atribuida mediante la inseminación artificial, siempre y cuando se compruebe que existió el consentimiento expreso del cónyuge o concubino para que la mujer fuera sometida a este procedimiento, ya sea con elementos genéticos de ambos o de terceros. Lo cual traería como consecuencia inmediata todos los derechos y deberes recíprocos entre el padre y el hijo concebido mediante dicha técnica, como si fuese hijo consanguíneo.

Q U I N T A.- Las personas solteras al margen de la ley, utilizan métodos de reproducción asistida, solucionando el problema de la filiación con el hijo nacido con dicha técnica, con el reconocimiento de maternidad o paternidad según sea el caso; y así obtener un parentesco consanguíneo; lo anterior hace necesario que se regule sobre las personas solteras que pretendan tener hijos, dada la necesidad social existente.

S E X T A.- La reproducción asistida es el proceso terapéutico con la utilización de diversas técnicas, mediante las cuales se procrea el nacimiento de un menor, con la finalidad de atribuirse el carácter de progenitor o progenitores; dicha situación, trae como consecuencia inmediata la equiparación de una relación de parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y la persona o personas que tengan se atribuyan el carácter de progenitor o progenitores.

S E P T I M A.- La fecundación puede realizarse de diversas formas, ya sea con elementos de ambos consortes (inseminación homóloga); con un elemento de un cónyuge o concubino(a) y otro de un tercero(a) o aportador (inseminación heteróloga); y con una madre sustituta (Maternidad subrogada).

O C T A V A.- La fecundación asistida en sus diferentes modalidades sirve para ayudar a tener hijos a parejas que por tener algún problema de tipo psíquico o fisiológico no pueden tenerlos de una forma natural. Para llevarse a cabo, tienen que tomarse en cuenta disposiciones que se han discutido internacionalmente como lo son: la calidad del servicio de quien los presta, la inviolabilidad del nombre del dador, la seguridad del material genético humano y el respeto a la dignidad del mismo.

N O V E N A.- Respecto a la Reproducción asistida, para que ésta tenga una regulación apropiada, será necesario colaborar con nuestros legisladores, con la participación de abogados y médicos, quienes con sus conocimientos

profesionales pueden hacer que la creación de legislación en esta materia sea realizada de una forma más adecuada y eficiente, en el mas estricto resguardo del anonimato del aportador, buscando la seguridad jurídica y económica para el hijo concebido de esta forma, para que éste tenga los mismos derechos y obligaciones que un hijo concebido en cualquier matrimonio normal.

D É C I M A .- El término de técnica de reproducción asistida, sería mejor empleado que el de inseminación artificial, porque es más amplio para fines de regulación jurídica, independientemente que en la medicina se haga la distinción de la técnica utilizada.

D É C I M A P R I M E R A .- Las situaciones problemáticas relacionadas con el parentesco, han surgido de la reproducción asistida heteróloga, debido a la intervención de terceros, que vendrían a ser los aportadores o en su caso, las mujeres que se prestan para el desarrollo embrionario, conocido también como vientre subrogado.

D É C I M A S E G U N D A .- Los médicos, y en algunos casos los genetistas, que intervienen en la reproducción asistida, deben contribuir con relación a las consecuencias jurídicas que pueden darse, principalmente a la protección del hijo que ha sido procreado, y que es la parte que no puede defenderse jurídicamente, por lo que deben establecerse, dentro del expediente médico, las circunstancias bajo las cuales las personas solicitan el procedimiento terapéutico, asentando claramente quienes son los solicitantes. Asimismo, debe

señalarse a qué se compromete cada una de las partes que intervienen en el proceso del método terapéutico de que se trate.

D É C I M A T E R C E R A.- Surge una nueva forma de parentesco con las técnicas de reproducción asistida, llámese inseminación artificial, Fecundación In Vitro, clonación o alguna otra que pueda surgir con el paso del tiempo, para poder producir un ser humano (hijo), de modo que con la aplicación de las técnicas vigentes de reproducción asistida, se rompen los lazos de filiación de los hijos con los aportadores del material genético o madres subrogadas o substitutas.

D É C I M A C U A R T A.- Las presunciones legales que contiene el Código Civil para el Distrito Federal, relativas a la maternidad y paternidad, se encuentran rebasadas y desacordes con los avances de la ciencia; puesto que la reproducción asistida desequilibra la firmeza de dichas presunciones que hasta hace unos años eran irrefutables.

D É C I M A Q U I N T A.- Es evidente que las reformas que han realizado nuestros legisladores al artículo 293 del Código civil para el Distrito Federal, no ha satisfecho en forma alguna el reclamo social, dada la complejidad del tema, lo que hace necesario que se legisle más sobre el particular, inclusive se llega a pensar que es necesario no sólo el reformar adecuadamente el artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, si no que se contemple en dicho ordenamiento un capítulo especial. Inclusive, otras voces han llegado a

proponer la creación de un Código Familiar, con la plena finalidad de excluir del Código Privado, todo lo referente a la familia, por tener dicha figura sus particularidades muy especiales, que nada tienen que ver con las relaciones entre particulares.

DÉCIMA SEXTA.- Por lo que nuestros legisladores deberán reglamentar en el Código Civil para el Distrito Federal, las bases suficientes y necesarias para determinar la viabilidad de los padres, ya sean cónyuges, concubinos o personas solteras que pretendan obtener un hijo por reproducción asistida, con la sola finalidad de protegerlo; es por ello que no solamente es importante, sino necesario que se legisle sobre el particular para que se contemple en el Código Civil para el Distrito Federal, la gama de posibilidades fácticas que se presenten y así dar respuesta al reclamo social.

DECIMA SEPTIMA.- Ahora bien, de acuerdo a nuestra hipótesis de tesis, será necesario adicionar al artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual en la actualidad establece lo siguiente.

"Artículo 293. El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

También se da parentesco por consanguinidad, en el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hayan procurado el nacimiento, para atribuirse el carácter de progenitor o progenitores.

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes

de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.”

Con la propuesta que estamos planteando, dicho artículo deberá quedar así:

“Artículo 293. El parentesco por consanguinidad, es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común.

Para el caso del hijo producto de reproducción asistida, el parentesco por consanguinidad se establecerá en relación con los cónyuges o concubinos que la hayan dispuesto de común acuerdo y demuestren fehacientemente su intención de atribuirse el carácter de progenitores, o con la persona soltera que procure el nacimiento para el mismo efecto.”

El párrafo tercero del artículo antes citado quedará igual como está actualmente. La anterior adición, se hace con el ánimo de proteger al concebido de ésta manera, a la familia y a la sociedad en general.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles. 3ª edición, Edit. Porrúa México, 1999. 446 pp.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. La Familia en el Derecho: Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Paternofiliales. 3ª edición, Edit. Porrúa México, 2000. 515 pp.

DE PINA, Rafael. Derecho Civil Mexicano. 10ª edición, Edit. Porrúa México, 2000. 384 pp.

DESINGER, Enrique. El Magisterio de la Iglesia. 9ª edición, Edit. Heder España, 1996. 312 pp.

IGLESIAS REDONDO, Juan. Derecho Romano. 11ª edición, Edit. Ariel Barcelona, España 1993. 683 pp.

ESPINOZA SARZA, Roberto. La Inseminación y su Problemática Jurídica. 8ª edición, Edit. Paldo México, 1997. 218 pp.

FLORIS MARGADANT, Guillermo. Derecho Romano. 16ª edición, Edit. Esfinge México, 1998. 530 pp.

GRACIA ARELLANO, Carlos. Práctica Forense Civil y Familiar. 20ª edición, Edit. Porrúa, México, 1998. 395 pp.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho de Familia. 4ª edición, Edit. Porrúa México, 2000. 790 pp.

GUITRON FUENTEVILLA, Julián. Derecho de Familia. 3ª edición, Edit. Uach México, 1994. 315 pp.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 8ª edición, Edit. Porrúa México, 1998. 577 pp.

GUTMACHER, Alan. Inseminación Artificial Humana. 2ª edición, Edit. Porrúa México, 2000. 216 pp.

LEON FEIT, Pedro. Distintos Aspectos de inseminación artificial en seres Humanos. 4ª edición, Edit. Depalma Argentina, 2000. 165 pp.

MAILLET, Marc. De los bebes de Probeta a la biología del Futuro. 2ª edición, Edit. Diana México, 2000. 189 pp.

MONTERO DUHALT, Sara. Derecho de Familia. 10ª edición, Edit. Porrúa México, 1998. 388 pp.

PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena. La Obligación alimenticia. Deber Jurídico Deber Moral. 6ª edición, Edit. Porrúa México, 2001. 341 pp.

PETIT, Eugene. Derecho Romano. 17ª edición, Edit. Porrúa México, 2000. 717 pp.

QUINTERO MONASTERIOS, Rubén. Inseminación artificial. 3ª edición, Trad de Baldomero Codon Edit. Porrúa México, 1998. 218 pp.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil, Contratos T.I. 10ª edición, Edit. Porrúa México, 1999. 548 pp.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón Felipe. Derecho Civil Español. 4ª edición, Edit. Ariel España, 1988. 126 pp.

SOBREROS, Aquiles. La Inseminación Heteróloga. 4ª edición, Trad, de José Sánchez Edit. Harla México, 1997. 618 pp.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 5ª edición, Edit. Mac Graw-Hill México, 2000. 315 pp.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 2ª edición, Edit. Sista México, 2004.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Porrúa México, 2004.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 3ª edición, Edit. Sista México, 2004.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 2ª edición, Edit. Sista México, 2004.

LEY DEL ISSSTE 1ª edición, Edit. Sista México, 2004.

LEY DEL SEGURO SOCIAL 2ª edición, Edit. Sista México, 2004.

LEY GENERAL DE SALUD 3ª edición, Edit. Porrúa México, 2004.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 17ª edición, Edit. Porrúa México, 1997.

Diccionario Jurídico, Espasa, siglo XXI. 1ra. Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2001.

Enciclopedia Jurídica OMEBA T XII 17ª edición, Edit. Dris-Kill Argentina, 1998.

Enciclopedia Salvat. 4ª edición, Edit. Salvat España, 2000.

OTRAS FUENTES.

Convención Internacional de los Derechos del niño, publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 25 de Enero de 1991, adoptada en la Ciudad de Nueva York, N. Y. El día 20 de Noviembre de 1989, aprobada por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión el día 19 de junio de 1990..

Organización Mundial de la Salud de Ginebra La Inseminación Artificial en seres Humanos 10ª edición, Edit. Ediciones Científicas y Técnicas México, 2000.

SAGRADA BIBLIA Trad. ELOINO NACARY, Alberto. 7ª edición, Edit. Católica España, 1967.