



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

Con estudios incorporados a la
Universidad Nacional Autónoma de México
CLAVE: 879309

**“CONTRATO DE RENTA DE ÚTERO
CON FINES DE GESTACIÓN”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA:

SELENE DENISSE ARELLANO MANCERA

ASESOR

LIC. HECTOR GUSTAVO RAMÍREZ VALDEZ

CELAYA, GTO.

AGOSTO DEL 2005



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

PADRES

A ti mamá y papá, Elba y Fran que son mi ejemplo a seguir y que sin su apoyo, paciencia, cariño, exigencia y dedicación íntegra hacia mi, no sería la persona que soy ahora. Los amo.

HERMANO

Paco, por vivir todo lo que hemos vivido juntos y contar contigo siempre, te quiero mucho.

A MIS MAESTROS

Que siempre en mi mente estarán todos sin excluir a ninguno, y me dejaron aprender de cada uno.

A MI HIJA

Para ti y por ti Romina con mucho amor te dedico mi tesis, eres lo más importante en mi vida.

A MI ESPOSO

Y en especialmente a ti amor, por estar conmigo y siempre darme ánimos para seguir adelante, pero sobre todo por nunca dejar de creer en mí.

LIC. GUSTAVO RAMÍREZ VALDEZ

Por su tiempo, apoyo y paciencia, Gracias.

INTRODUCCIÓN.

CAPITULO PRIMERO LA HERENCIA DEL SEXO

	Pág.
1.1 Herencia ligada al sexo.....	1
1.2 Inseminación artificial.....	3
1.3 ¿cuál es el porcentaje de efectividad de los tratamientos?.....	5
1.4 Técnicas.....	6
1.4.1 Concepto de inseminación artificial.....	7
1.4.2 Beneficios y complicaciones de la fecundación en In Vitro.....	9
1.5 Situación ética.....	12
1.5.1 Trastornos de la relación de pareja entre sí.....	13
1.5.2 Distorsión de la relación entre padres e hijos.....	14
1.6 Situación Médico Legal.....	14
1.6.1 Etica frente a éstas técnicas.....	15
1.7 Antecedentes históricos de la Inseminación Artificial.....	16

CAPITULO SEGUNDO FERTILIZACION ASISTIDA

2.1 Podemos preguntarnos que es la fecundación In Vitro.....	19
2.1.1 Concepto de Fecundación In Vitro.....	19
2.1.2.1 Inseminación con el semen conyugal.....	20

2.1.2.2	Inseminación con semen de donante.....	21
2.1.2.3	Congelamiento de embriones y óvulos.....	21
2.1.2.4	Congelamiento y descongelamiento de embriones.....	21
2.2	Técnicas de fecundación en el laboratorio.....	22
2.3	Casos en los que procede la fecundación In Vitro.....	23
2.4	Clonación.....	26
2.4.1	Clonación en humanos.....	28
2.5	El debate de la clonación.....	29

CAPITULO TERCERO
LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

3.1	Generalidades.....	31
3.2	Concepto y clasificación de la fecundación In Vitro.....	32
3.3	Casos en los que procede la fecundación In Vitro.....	36
3.4	Técnicas de la fecundación en el laboratorio.....	38
3.5	Transferencia del Cigoto.....	40

CAPITULO CUARTO
CONTRATOS, ASPECTOS JURÍDICOS

4.1	Los derechos reproductivos en las leyes, códigos, Normas mexicanas.....	44
4.2	Definición del contrato	44
4.3	Definición del Convenio.....	45

4.3.1	Oferta y aceptación.....	47
4.3.2	Autonomía de la Voluntad.....	47
4.3.3	Objeto materia de contrato.....	47
4.3.4	Cosas posibles.....	48
4.3.5	Cosas imposibles.....	48
4.3.6	Cosas futuras.....	48
4.3.7	Formas de Consentimiento.....	49
4.3.8	Documento privado.....	50
4.4	Documento Público.....	50
4.4.1	Notario público.....	50
4.4.2	Declaración de voluntades.....	50
4.4.3	Ejercicio obligatorio.....	50
4.4.4	Exámenes de títulos.....	51
4.4.5	Vicios del consentimiento.....	51

CAPITULO QUINTO

FILIACIÓN

5.1	Principio de la verdad Biológica.....	53
5.2	Concepto de Filiación.....	58
5.3	Clases y Consecuencias.....	59
5.4	Filiación Matrimonial.....	60
5.4.1	Pruebas de la Filiación Matrimonial.....	61
5.4.2	Actas de Registro Civil.....	62
5.4.3	Posesión de Estado de hijo y de cónyuge.....	63
5.4.4	Acción de reclamación del estado del hijo de matrimonio.....	65
5.4.5	Límites temporales de la presunción de paternidad.....	66

5.4.6	Plazos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad.....	68
5.4.7	Reglas para la aplicación de la presunción de paternidad en el caso De matrimonios sucesivos.....	69
5.5	Filiación Extramatrimonial.....	71
5.5.1	Formas de establecer la filiación extramatrimonial.....	73
5.5.2	Reconocimiento voluntario.....	74
5.5.3	Reconocimiento hecho por los casados.....	74
5.5.4	Reconocimiento hecho por un menor.....	75
5.5.5	Acción de contradicción del reconocimiento voluntario.....	76
5.5.6	Reconocimiento Forzoso o Judicial.....	77
5.5.7	Investigación de la paternidad y de la maternidad.....	78
5.5.8	Efectos de reconocimiento.....	83
5.6	Filiación Civil o Adoptiva.....	84
5.7	Pruebas Biológicas.....	85
5.8	Hacia una nueva fuente de filiación	91

CAPITULO SEXTO
MATERNIDAD SUBROGADA
ASPECTOS CONTRACTUALES

6.1	Consideraciones generales.....	95
6.2	Concepto y especie.....	98
6.3	Criterios diferenciales sobre la validez de los contratos de subrogación.....	105
6.4	La inexistencia y la nulidad en nuestro derecho.....	110
6.4.1	Requisitos esenciales o de existencia.....	113

6.5	El objeto de los Contratos.....	119
6.6	La acción de ejecución Forzada.....	123
6.7	Reparación de daños en caso de incumplimiento.....	125
6.8	Relación entre la acción contractual y la basada en el vínculo genético.....	126

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCION

El presente trabajo tiene como finalidad que nuestra ley contemple en su jurisprudencia el Contrato de renta de útero con fines de gestación, para poder proteger tanto a la persona que va a rentarla, como a la persona que la rentó, por lo tanto realizaremos un estudio más a fondo en materia de contratos, pues aparentemente es un tema complicado y perteneciente al campo de la investigación médica, pero en cuanto a sus consecuencias básicas todas pertenecen a nuestro campo jurídico.

Para la realización del presente trabajo de tesis, se tomaron en cuenta los siguientes aspectos: el estudio y la entrevista a mujeres que sueñan y tienen como prioridad ser madres, y observar a grandes rasgos, que en nuestros antecedentes históricos, no se contempla en ninguna jurisprudencia aspectos jurídicos y Éticos de la fecundación In vitro, ya que esta forma de procrear es una opción de la ciencia moderna.

Por lo tanto hay que proteger legalmente y hacer cumplir sus derechos y obligaciones de quienes vayan a ser parte del contrato de útero con fines de gestación, que características debe tener dicho contrato; así mismo, que se contemple dentro de las leyes mexicanas.

CAPITULO PRIMERO

LA HERENCIA DEL SEXO

1.1 Herencia ligada al sexo.

Para entender un poco sobre los grandes logros de la biotecnología hablaremos un poco sobre la herencia del sexo.

Los caracteres que determinan el sexo del bebé están incluidos en una pareja de cromosomas, llamados cromosomas sexuales, a éstos se les designa con una X e Y. La existencia de dos cromosomas iguales XX, es propio de las hembras; si son distintos XY, los individuos serán machos en el cruzamiento de macho y hembra, considerando estos cromosomas sexuales como carácter transmisible vemos que se obtiene un 50% de los individuos XX y un 50% de individuos XY.

En estos cromosomas hay ciertos genes portadores de caracteres distintos al sexo. Al transmitirse junto con un cromosoma, que determina el sexo del nuevo individuo, estarán ligadas a él. En el caso de la herencia ligada al sexo. En la especie humana ciertas afecciones las determinan genes que se encuentran en los cromosoma X o Y, por tanto, afectarán a los hombres o a las mujeres exclusivamente, según los casos. Es el caso del daltonismo, la hemofilia y la ceguera nocturna. El daltonismo afecta con mas frecuencia a los hombres que a las mujeres; las cuales, sin embargo, lo transmiten. Esto es debido a que un gen necesario solo se encuentre un cromosoma X. Si el hombre recibe este gen de la madre, necesariamente lo padece, mientras que las mujeres habrá de recibirlo de la madre y del padre a la vez para que se

les manifieste todas aquellas intervenciones en el Proceso de la fecundación y el desarrollo del embrión, es decir todas las prácticas de fertilización o procreación asistida.¹

El término bioética viene de la palabra Bios= vida, etos=moral, y es el estudio de los aspectos éticos relacionados con la vida desde su inicio hasta su fin. Nace en Estados Unidos de Norteamérica gracias a Iván Rusel Potter, quien a raíz del lanzamiento de las bombas nucleares de Hiroshima y Nagasaki en 1945, se cuestiona la relación que existe entre el desarrollo y las posibilidades técnicas y científicas, la licitud o legalidad y la ética, aquí nos referimos a si la investigación tiene un frente, un freno jurídico o ético.²

Aquí surge la interrogante si el espíritu científico ¿deberá ser indiscriminado? Y/o utilizar cualquier medio de investigación sin ningún límite, tanto en animales como en seres humanos, o bien, si estas investigaciones podrán llevarse a cabo dentro de un marco ético jurídico.

Fecundación.- Es sinónimo de engendrar o fertilizar, proviene del latín “fecundare” que es unión del elemento reproductor masculino al femenino para la fecundación de un nuevo individuo de la especie.

Hemofilia.- hemopatía debido a la deficiencia de un factor de coagulación de la sangre. Es hereditaria y se transmite como carácter recesivo ligado al

¹ Barri P.N., Neiga A., G. Embarazo por fecundación in Vitro.Prog. Obstet Ginecol 1984., 27, 211-214

² Veiga A., Calderón G., Barri P.N.,Coroleu B Pregnancy alter the replacement pf a frozen thawed embryo sith-50% intact blastomeres Human Reprod 1987,2:321-327.Pérez Fernández del Castillo Bernardo “ Aspectos jurídicos y éticos de la procreación fertilización Asistida” Revista Derecho Notarial año XXVI No. 105 Marzo 1994 p.131.

sexo (cromosoma X), de modo que las mujeres no lo padecen pero lo transmiten a sus hijos varones.

Aquí cabría mencionar ¿quiera ser? Cuando la ética no funciona ¿intervienen las normas jurídicas?

De aquí que el campo del derecho es muy importante , toda vez que señala los límites de la actuación del hombre.

Ceguera nocturna.- disminución de la visión de la luz.

1.2 **Inseminación artificial**

¿Qué es la fertilización asistida y cuáles son los métodos que la componen?

La fertilización asistida son todas aquéllas técnicas en las cuales “se asiste”, justamente el nombre lo dice. Puede ser de baja complejidad, por ejemplo en la inseminación, en la cual no se extrae el óvulo de la mujer. Esa técnica consiste en procesar los espermatozoides del hombre, separar aquellos móviles con una cantidad mínima de medios de cultivo, e introducirlos dentro de la cavidad del útero; facilitan así su llegada al óvulo.

Los métodos de alta complejidad, comprenden generalmente una estimación ovárica en base de hormonas, para que la mujer produzca más óvulos de los que normalmente se presenten en ciclos naturales. Una vez que maduran estos óvulos se los extraen con una punción -por vía vaginal, control ecográfico y anestesia local - y se le procesa mediante la

“fertilización In Vitro” elegida para cada caso en particular. En la fertilización In Vitro convencional, se coloca alrededor de cada óvulo – en un volumen de un centímetro cúbico – unos 150,000 espermatozoides. El objetivo es que uno solo penetre ese óvulo. Cuando hay problemas en la calidad y en la cantidad de espermatozoides y se estima que la fertilización será poco probable, se puede introducir el espermatozoide dentro del óvulo. Esta técnica se conoce con el nombre de ICSI (inyección de un solo espermatozoide dentro del óvulo de la mujer.

Cigoto.- es el nuevo organismo que resulta de la fusión de dos células sexuales o gametos (células generadoras) en el momento de la fertilización.

Genética.- Es la ciencia que trata de explicar la forma en que las características de un ser vivo son transmitidas a otros de generación en generación; como se conservan las similitudes y como surgen las diferencias, la base de ésta ciencia son las leyes de la herencia biológica.

Genotipo.- Cada célula sexual tiene sus propios caracteres, y estos son transmisibles al nuevo ser que se crea al unirse dos células sexuales, cuando uno de esos caracteres al ser transmitido domina las características del nuevo ser se llama genotipo, a esas características se les llama factor o gene.

Gametos.- cada una de las dos células, que en la reproducción sexual se fusionan originan el cigoto.³

³ Pérez Fernández del Castillo Bernardo. “Aspectos Jurídicos y éticos de la procreación fertilización asistida” revista derecho Notarial año XXVI No. 105 Marzo 1994 p. 131. crepúscular a la obscuridad.

Daltonismo.- Anomalía en visión de los colores (discromatopsia) que conforma la confusión o la ceguera del rojo y el verde.⁴

Hemofilia.- Hemopatía es debido a la deficiencia de un factor de coagulación e la sangre. Es hereditaria y se transmite como carácter recesivo ligado al sexo (cromosoma X), de modo que las mujeres no lo padecen pero lo trasmiten a sus hijos varones.

Ceguera nocturna.- disminución de la visión en la luz.

1.3 ¿cuál es el porcentaje de efectividad en los tratamientos?

Si nosotros tomamos una pareja fértil, y detectamos una fertilización In Vitro y trabajamos correctamente, tiene grandes posibilidades para embarazarse. En cambio si nosotros tomamos una pareja que tiene dificultades para lograr un embarazo, el éxito depende del motivo por el cual no se embarazada. Si esto radica en los espermatozoides , es decir que tenía una cantidad baja, los porcentajes de éxito son muy altos; por lo que hoy en día, con la técnica ICSI se pueden trabajar con hombres que casi no tengan espermatozoides o que inclusive no los tengan en el eyaculado y se los busca a través de la biopsia de testículo. En el factor masculino se avanzó muchísimo. Ya no se acude, como antes a los bancos de semen, para poder superar esas falencias en los espermatozoides.

⁴ Ocea Uno color.- Diccionario enciclopédico edición 1996

Si, por ejemplo, la calidad radica en los óvulos y eso tiene, la mayoría de las veces, una relación directa con la edad de la mujer, los porcentajes varían y el éxito dependerá del motivo por el cual no se logra el embarazo.

Vale destacar que la fertilidad de la mujer disminuye a partir de los 25 años, se acentúa a los treinta y mucho más de los treinta y cinco.

Si existe un problema mecánico (trompas ocluidas o trompas ausentes en una mujer joven), las posibilidades de lograr un embarazo son altísimas. Las técnicas de por sí, son efectivas.

1.4 Técnicas.

Inseminación artificial.- Se estimula en general el ovario y se introducen espermatozoides en el útero para la unión espontánea de espermatozoide y óvulo.

Fecundación In vitro.- Se colocan en una cubeta de laboratorio en la del óvulo y los espermatozoides. Se espera la unión natural.

TET.- Después de la fertilización In Vitro, se transfiere el ovocito fertilizado en un estado embrionario a la trompa de Falopio.

Inseminación Intracitoplasmática (ICSI).- Se inyecta un único espermatozoide en cada óvulo. El óvulo o los embriones resultantes se colocan en el útero

GIFT.- Se colocan gametos (óvulos espermatozoides) dentro de la trompa para lograr una fecundación natural.

Desde el punto de vista jurídico es importante determinar las diferentes clases de fertilización o relación asistida, por las obligaciones y derechos que nacen de ésta, la fertilización o procreación asistida se divide en: inseminación artificial, fecundación in vitro, clonación, TET, inseminación intracitoplasmático (ICSI), GIFT.

Las posibilidades de la técnica de inseminación artificial son inimaginables y plantean, a su vez, serios problemas éticos y legales, pues tocan el núcleo de actos tan importantes para el ser humano, como es la transmisión de la vida.⁵

1.4.1. DEFINICIÓN DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL:

La inseminación artificial se puede definir como: “el acto médico consistente en la introducción del espermatozoides en el tracto genital femenino por procedimientos distintos al coito y con el propósito de la fecundación”. Proviene del latín “insemination” supino de inseminare, que significa sembrar.

Tipos de inseminación.

A) Inseminación Homóloga: el espermatozoides procede del esposo.

⁵ Pérez Fernández del Castillo Bernardo. “Aspectos Jurídicos y éticos de la procreación fertilización asistida” revista derecho Notarial año XXVI No. 105 Marzo 1994 p. 131 copyright C 1997-98. Gabriela Roxana 11ezyszyn- Juan Carlos Hurí. Allrightreserved.nup/wwwneamg.com/fercudod/ferundodo.nom

1.- Incapacidad por parte del hombre para consumir el acto sexual.

2.- Desajuste psicosexuales.

3.- Malformación de genitales.

4.- Infertilidad relativa del hombre.

B) Inseminación Heteróloga: el donante del esperma es un tercero.

1.- Buenos antecedentes hereditarios.

2.- sin incompatibilidad sanguínea.

3.- persona incapaz de querer ejercer sus derechos sobre el niño en un futuro.

C) Inseminación Biseminal: mezcla del esperma del marido y un tercero.

- posiblemente en el marido los espermatozoides no pueden fecundar a la esposa ya sea por su calidad o su cantidad.

- Ilógico pensar que si se mezcla el semen se puede activar o multiplicar.

- Si se puede producir fecundación, serán los otros espermatozoides los que habrán fecundado el óvulo.

- Lo único que viene hacer.

a) confundir a la pareja.

b) Dejar duda sobre legitimidad de paternidad.

D) Fecundación In Vitro.

- Está más en contra de las leyes naturales.

- Se trata de colocar un óvulo en un tubo de ensayo conteniendo espermatozoides, esperar la fecundación, e implantando en un útero, ya sea de la misma mujer o de otra.⁶

1.4.2 Beneficios y complicaciones de la fecundación en In Vitro (ventajas y desventajas)

La fertilización in vitro es utilizada para problemas complejos de infertilidad que no han respondido a terapias convencionales médicas y quirúrgicas.

Literalmente fertilización “in vitro” significa “ fuera del cuerpo” pero para esto se necesita una serie de procedimientos médicos, técnicos y de medicamentos que se entremezclan para conseguir mejores resultados en el procedimiento.

⁶ Autores Adriana Estrada Norza.- Mauricio Eugenin Hernández.- Alfredo Ferro Martínez.- Ileana Fioravarti Sanabria.- Juan José Flores Molina./menu.htm../menu.htm.

Actualmente existen muchos centros de salud, clínicas e instituciones que ofrecen este servicio, es necesario aclarar por ende los riesgos que corren las personas que someten a tal procedimiento con la finalidad de poder procrear, es necesario evaluar entonces el riesgo - beneficio.

A continuación se mencionan algunas de las principales ventajas y desventajas que podrían conllevar a la fecundación.

Ventajas:

- 1.- aquellas personas que tengan algún tipo de infertilidad inexplicable pueden llegar a procrear.
- 2.- el beneficio psicológico.
- 3.- Las mujeres que hayan sufrido de algún tipo de daño a nivel del aparato reproductor femenino que no puede ser corregido quirúrgicamente, ausencia trompas de Falopio, endometriosis, adhesiones pélvicas, etc., pueden optar por este método para poder tener un hijo, y de realización que le brinda a las personas de poder llegar a ser padres.
- 4.- La concepción de uno o varios hijos.
- 5.- El procedimiento no es doloroso.
- 6.- En algunos países es un procedimiento realizado ya por mucho tiempo y al cual las personas pueden aplicar fácilmente.

Desventajas.

- a) El precio: aunque los lugares en donde se realizan estos procedimientos pueden ser accesibles para las personas , el problema recalca en cierta forma en el factor económico y restringir así, el uso del método solo aquellas personas que pueden pagar el precio que oscila entre 5,000 y 8,000 dólares dependiendo de los materiales, medicamentos, estadía en el centro y honorarios médicos, este precio puede elevarse hasta los 15,000 dólares.

- b) Los medicamentos inyectables utilizados pueden crear algún tipo de anafilaxia; y el uso de medicamentos inductores pueden provocar el síndrome de hiperestimulación ovárica (OHSS).

- c) Diversos autores han relacionado el uso de estos medicamentos con cáncer de ovario.

- d) El procedimiento de extracción puede provocar daño a órganos vecinos tales como vejiga o venas y arterias.

- e) El embarazo ectópico como implantación en tubos y útero pueden producirse.

- f) Embarazos múltiples también pueden darse, es decir, podría ser visto como una ventaja el hecho de obtener dos por el precio de uno, pero también se describe el hecho de que aumente aún más el número de óvulos fecundados e implantados y que aumente el riesgo tanto para la vida de la madre como para la de los bebés.
- g) Es una experiencia estresante y cargada de mucha emoción, el daño emocional que puede causar el fracaso del procedimiento.
- h) El índice de éxito no es muy alto y oscila de un 15% a un 20% cuando mucho.
- i) Se describen también algunos tipos de problema que puedan presentarse en la mujer después del procedimiento, tales como, fiebre, sangrado vaginal, dificultad al orinar, náuseas, vómitos, diarrea, dolor en la espalda.
- j) Las infecciones es una de las complicaciones más temidas.

1.5 Situación ética

Para poder hablar de la situación ética de la fertilización in vitro debemos señalar primero una breve reseña histórica.

Se dice que desde 1960 se viene trabajando con la inseminación artificial, y no fue si no hasta el año de 1978 que Steptoe y Edwards hicieron posible en el nacimiento de Louise Brown el “primer niño probeta”.

Todas estas técnicas siguen mejorando hasta el punto de que se han tenido grandes avances en la última década y hemos llegado a situaciones inimaginables q que nos han llevado a plantear los serios problemas éticos y legales, pues tocan el núcleo de actos tan importantes para el ser humano como es la transmisión de la vida.

Objeciones éticas de estas técnicas.

Violan la autonomía de los derechos de la persona humana.

Esto porque desde el mismo momento de la concepción el embrión fecundado debe ser respetado como una persona humana, que como tal tiene derechos, los cuales debemos de respetar. Razón por la que no deberían de ser congelados ni mucho menos destruidos por alguna causa científica. Como cualquier otra persona tiene derecho a la vida.

1.5.1 Trastornos de la relación de la pareja entre sí.

Para algunos el acto conyugal debe ser procreador y unitivo, estas dos características no deben de separarse, pero con estas técnicas se esta buscando la procreación, anulando el carácter amoroso del acto sexual.

Se pueden presentar conflictos psicológicos en la pareja, así como que el marino no es el padre legítimo y verá en “su hijo” un extraño.

También puede afectar a la madre a sabiendas de que su hijo no le es legítimo de su marido, con la desconfianza de que aparezcan taras que desconoce.

1.5.2 Distorsión de la relación entre padres e hijos.

Se han presentado situaciones en las cuales la relación de los progenitores con los hijos han sufrido menoscabo y por ello son rechazados por algunos.

Todo ser humano tiene derecho a crecer en medio de unos padres para poder desarrollarse, descubrir su propia identidad y alcanzar la madurez humana, este es el fundamento de una maternidad y paternidad responsable.

Se han presentado casos de conflictos en esta relación como cuando un hijo nace con características no deseadas por los padres y es rechazado por éstos. Pero es cierto que si esto se hace con responsabilidad esto no sucede.⁷

1.6 Situación médico legal.

Quizás el problema médico legal más grande al que nos podamos ver sometidos es en cuanto al certificado de nacimiento. La ley exige registrar el nombre del padre, identificar al esposo como padre legítimo es violación a la ley y por consiguiente, da méritos para conflictos increíbles que se complican más con donantes mercenarios o desconocidos.

⁷ ../menu.htm../menu.htm

Autores Adriana Estrada Norza.- Mauricio Eugenin Hernández.- Alfredo Ferro Martínez.- Ileana Fioravarti Sanabria.- Juan José Flores Molina.

1.6.1 Ética frente a estas técnicas.

Tanto el médico que haga estos procedimientos, como las personas que lo deseen deben tener responsabilidad del proceso generativo para buscar el bien de los padres, del hijo y de la sociedad, no debe realizarse la inseminación por motivos caprichosos si no cuando asegura al nuevo ser un desarrollo completo y humano.

Si por causa razonable se desea un hijo y no puede tenerse sin estas intervenciones, es ético servirse de ellas para lograr la vida de un nuevo ser y calmar las aspiraciones humanas de los padres.

Por lo tanto si de verdad se desea ser padres, o ya sea una madre soltera deberán saber que tienen responsabilidades al igual que cualquier pareja que tenga un hijo de la forma natural (mediante cópula) dichas responsabilidades deberán ser además de las que marca la ley, dar alimento, techo, sustento, educación y sobre todo amor, etc..

Moral y éticamente, hablando hacer de ese hijo una persona de bien que pueda servir a su país y a su familia que logre que el daño psicológico por no concebir hijos más que mediante la fertilización in vitro, ya sea a sus padres o únicamente madre, se libere de la presión que esto ocasiona y la pareja logre su realización plena como seres humanos, y gocen de una calidad de vida mejor.

Esta norma debería de aplicarse también a los padres que lo son de manera sexualmente hablando, así se lograría formar mejores seres humanos que puedan servir a su patria y formar familias integradas solidariamente.

1.7 Antecedentes históricos de la Inseminación Artificial.

Como algunos antecedentes históricos y relevantes sobre inseminación artificial, encontramos los siguientes:

En 1978 nació Louise Brown, el primer ser humano nacido de una fertilización in vitro y también la primera esperanza para muchos padres que vieron abierta una puerta a sus deseos de tener hijos.

Desde entonces, han sido muchos los niños que han venido al mundo a estos avances de la genética y la medicina.

En 1986, en los Estados Unidos de Norteamérica se sometió a juicio el caso de una mujer que “alquiló” su matriz para que le implantaran un óvulo de otra, el cual fue fecundado con el semen de su esposo. Al nacer el niño la mujer que “alquiló” su matriz se negó a entregarlo ofreciendo devolver al matrimonio los 5,000 dólares que le pagaron. Los tribunales declararon que debía entregar al niño.

El 21 de septiembre de 1987; apareció la siguiente noticia: “una abuela sudafricana está a punto de dar a luz trillizas como madre reemplazante, según informes de la prensa local. Los abogados que estudian las posibles implicaciones legales del nacimiento que se espera para la próxima semana

expresaron la preocupación de que los bebés puedan ser nietos y nietas ante la ley, en vez de hijos de su madre biológica". Poco se sabe sobre la familia.⁸

Desde el año de 1985 se comenzó a trabajar en el proyecto CRECER de fertilidad, destinados al desarrollo de todas las técnicas para el estudio de la pareja infértil y finalmente concluir en la puesta en marcha del laboratorio de manejo de embriones para realizar técnicas de fertilización asistida (Fertilización In Vitro, GIFT, Inseminación intrauterina, etc.) a través del cuál se logro en el 1992 el primer nacimiento en Mar de plata de una niña, hoy los nacimientos ya son varios y el grupo conformado por siete ginecólogos, un medio andrólogo, un medio a cargo del laboratorio de gametos y un bioquímico, continúan estudiando y desarrollando nuevas tecnologías para la asistencia de parejas con problemas de fertilidad.

Blanca de Tzaneen que decidió mantenerlo todo en secreto, la abuela de 45 años, identificada como Pat Anthony y su familia. Médicos de la exclusiva clínica Park Lanz de Johannesburgo, confirmaron que los tres huevos, obtenidos de su hija de 25 años Karen Ferreira- Jorge. Los fertilizaron en un laboratorio con espermatozoides de su yerno, George, fueron implantados hace mas de 8 meses en el vientre de la señora Anthony.

Como ya mencioné algunas definiciones, señalan que la inseminación artificial y/o fecundación in vitro, es un método distinto de los usados por la naturaleza, ya que se trata de lograr introducir el espermatozoides en el interior de los órganos genitales de la mujer.

⁸ Copyrih @ 1997-98. Gabriela Roxana Iiezyszyn- Juan Carlos Gurí. All right reserved. P..nup.//www.neamgdod/ferundo5.num.

Ahora bien, los experimentos sobre embriones se denominan Ingeniería Genética, la cual ha provocado el escándalo de algunos juristas, moralistas y médicos, pues hay universidades que cuentan con varios miles de embriones, sobre los que experimentan e inclusive en algunas ocasiones los desechan como basura.⁹

Sobre estos casos se ha proclamado lo anti-ético que resulta experimentar de ésta forma con seres humanos; sin embargo, fuera de lo dispuesto por el artículo 56 del reglamento de la Ley General de Salud en materia de investigación que posteriormente se transcribe, nuestras normas jurídicas todavía no establecen nada.

Artículo 56.- La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetando el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si este difiere con el del investigador.

Por su parte dentro del Congreso de Salubridad General de la Secretaría de Salud, se creó el comité de Bioética, con el objeto de resolver casos en los que no exista ley y se necesite resolver algún conflicto ético.

⁹ Al momento de la investigación los bebés tenían 8 meses en la actualidad tienen 14 años.

CAPITULO SEGUNDO

FERTILIZACIÓN ASISTIDA

2.1 Podemos preguntarnos que es la fecundación In Vitro

A continuación veremos un concepto de médicos españoles; viendo que cuando una pareja agotado todos los métodos naturales para ser padres no deben derrotarse fácilmente ya que sí es posible conseguir un embarazo teniendo por opción algunos métodos entre los que encontramos:

2.1.2 Concepto de fecundación In Vitro

Es una técnica que trata de estimular al ovario para que produzca más óvulos de lo normal suministrándole hormonas. Esos óvulos se extraen mediante una punción en el ovario sacando de ocho a diez cada ciclo y se exige el ingreso ambulatorio durante un día. Esos óvulos se fecundarán In Vitro (en una probeta), con el espermatozoides de la pareja, y se tendrán dos días en cultivo. Pasado este tiempo, se inserta en la vagina mediante un catéter sin necesidad de anestesia ni de ingreso ambulatorio. Una vez insertados, y hasta estar seguros del embarazo se continúa con el tratamiento hormonal. ¹

¹.- Sitios relacionados

[.www.reproasisgen.com/asisa.htm](http://www.reproasisgen.com/asisa.htm).

[.www.citelan.esceresindex.htm/](http://www.citelan.esceresindex.htm/)

[.www.mnet.fr7iffsle-artbis.htm/](http://www.mnet.fr7iffsle-artbis.htm/)

[.www.miganina.euskalfel.es/ovadonga/index.htm/](http://www.miganina.euskalfel.es/ovadonga/index.htm/).

[.www.reproducción.com.mx](http://www.reproducción.com.mx)

[.www.arconet.es/sanmauricio/default.htm](http://www.arconet.es/sanmauricio/default.htm).

El número de óvulos fecundados que se implantan es de tres o cuatro, o incluso cinco si se trata de mujeres con edad avanzada, con lo que se eleva la posibilidad de un parto múltiple. Hay técnicas para reducirle número de embriones y dejar sólo aquellos que se cree que tienen más posibilidades. Al contrario de lo que mucha gente piensa, este tipo de fecundación no tiene porque llevar a un parto difícil, lo que ocurre es que muchos médicos se aseguran el éxito mediante una cesárea.

Si todo este proceso no da resultado, hay que esperar unos tres o cuatro meses para que el ovario vuelva a funcionar naturalmente y volver a estimularlo mediante hormonas, lo que se evita en muchos casos, si existen óvulos ya fecundados y congelados de otras estimulaciones anteriores.

Este tratamiento no debe repetirse indefinidamente, ya que se trata de un proceso que no es natural, y aparte de efectos secundarios inmediatos que pueden darse, como es la retención del agua y un descontrol en el crecimiento del ovario, todavía no se sabe que efectos puede reportar el suministro de tantas hormonas. Se ha hecho un estudio sobre la incidencia de cáncer en mujeres que se sometieron a éste tratamiento hace 20 años, y no se ha demostrado que exista un aumento respecto al resto de la población. Sin embargo, se recomienda reducir el número de estimulaciones para prevenir el riesgo de esta enfermedad.

Algunas de las técnicas básicas que encontramos para la inseminación artificial básicamente tenemos:

2.1.2.1 Inseminación con el semen conyugal: Utilizamos el semen de la pareja, al que se realiza una serie de mejoras en laboratorio, con objeto de concentrarlo y vitalizarlo. A continuación se procede a depositarlo en el interior del útero, del canal cervical, o del exocervix, según cada situación.

2.1.2.2 Inseminación con semen de donante: cuando no hay espermatozoides en semen, o su calidad es muy baja, y la pareja no desea acudir a técnicas de microinyección, podemos recurrir a inseminación con semen proveniente de donantes.

2.1.2.3 Congelamiento de embriones y óvulos: en Australia en 1984 se logró el congelamiento de embriones y en 1985 el de óvulos, con ellos se dio un gran paso pues anteriormente se congelaban sólo los espermias.

2.1.2.4 Congelamiento y descongelamiento de embriones: Esta técnica otorga la posibilidad para lograr ser madre aún sobre aquellas mujeres que han perdido toda esperanza; y aunque en México no hay una ley que estudie a fondo esta forma que la biotecnología nos brinda en una de esas múltiples facetas, siendo necesario proponer y legalizar este proceso para ser madre.

En España a manera de ejemplo la Seguridad Social Española; cubre los gastos hasta 5 fecundaciones, pero el inconveniente son largas lista de espera que hacen que las parejas puedan esperar hasta un año entre ciclo y ciclo. Habitualmente transferimos un máximo de tres embriones, por lo que someteremos a congelación los restantes. Si no ha habido embarazo o tras haber finalizado el mismo, se procede a la descongelación y transferencia embrionaria de los crío preservados.

Actualmente, los resultados son bastantes satisfactorios. El porcentaje de supervivencia embrionaria tras la descongelación es del 70% en los centros IVI y la tasa de embarazo por transferencia embrionaria se eleva al 25%. No hay mayor riesgo de aborto o malformaciones embrionarias por transferir embriones que anteriormente estaban crió preservados. El tiempo máximo que unos embriones pueden ser guardados en estas condiciones es de 5 años, de acuerdo a la Ley de Reproducción Asistida.²

2.2 Técnicas de Fecundación en el laboratorio

Si se han desarrollado más de 4 pre- embriones, se crió preservarán los que hay en exceso para poderse usar en la misma pareja en otro ciclo.

El éxito de estos procedimientos estriba principalmente en cinco fases:

1. Adecuada selección de los casos, con oportuna estrategia para recomendar a cada pareja el procedimiento con mayor probabilidad de éxito.
2. disciplina de la pareja para seguir estrictamente las indicaciones del equipo médico;

² .www.reproasisgen.com/asisa.htm.
.www.citelan.es/ceres/index.htm/
.www.mnet.fr/iffsle-artbis.htm/

3. Estimulación ovárica óptima de acuerdo a los protocolos actuales, ya que se asegura una mayor captura y adecuada madurez ovular;
4. Abordaje de captura ovular que reúna facilidad de acceso al ovario acorde a la experiencia del operador con una adecuada relación costo/beneficio;
5. Condiciones óptimas en el laboratorio en el laboratorio de gametos tanto para la capacitación espermática como para el reconocimiento y adecuada tipificación de los ovocitos capturados, su cultivo, inseminación y el proporcionar condiciones ambientales idóneas de crecimiento para obtener pre- embriones aptos para la transferencia con adecuadas posibilidades de implantación.

La realización de algunas fases antes mencionadas puede hacerla cualquier ginecólogo entrenado en biología de la reproducción, mientras que hay pocas personas entrenadas para la organización y el correcto funcionamiento de un Laboratorio de Gametos, que ha sido reconocido como la piedra angular del éxito. Nuestro grupo además de implementar condiciones de trabajo eficientes ha sido muy cuidadoso en instrumentar estrictos permanentes controles de calidad.

El éxito de la FIVTE ha sido de aproximadamente un 15-20%.

2.3 CASOS EN QUE PROCEDE LA FECUNDACIÓN IN VITRO.

Tomando en cuenta la esterilidad humana como género, debemos distinguir entre esterilidad en sentido estricto e infertilidad.

Esterilidad.- es la incapacidad para tener gametos (óvulo y espermatozoides) que realicen en forma adecuada la fertilización (la penetración el esperma en el óvulo).

Infertilidad.- Es la incapacidad para obtener un hijo vivo a pesar de que haya acontecido la fertilización y la implantación la nidación del huevo en el útero o matriz).

Gametos.- Se producen en unas estructuras llamadas gónadas. Las gónadas masculinas son los **testículos**, las femeninas son los **ovarios**.

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al contrato de útero con fines de gestación, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético.

Y, en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absolutamente (estéril sumada a la infertilidad), la aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la mujer estéril para inseminar a la mujer alquilada, podría ser una solución al problema. (Adopción prenatal).

En todos los casos, a excepción de éste último, en el que se acude a la inseminación heteróloga, resulta necesario recurrir a la fecundación extracorpórea del óvulo.

La gran mayoría de las fecundaciones In vitro se realizan cuando la mujer es estéril, como consecuencia de la obstrucción de sus trompas, pero la fecundación in Vitro puede solucionar también algunos casos de esterilidad masculina, por ejemplo cuando el varón es oligospermico.(Oligospermia es una condición en que el número, anormalmente, bajo de espermatozoides en la eyaculación del varón. El rango normal de cuenta de espermatozoides está entre 20 millones/ml y 200 millones/ml. Esa cuenta de espermatozoides está debajo de 20 millones/ml eso indica oligospermia).

Hablemos pues, de la fecundación In Vitro:

Homóloga: Que es la que da origen a la realización de este trabajo, ya que trata de la implantación del producto, que se realiza en el útero de la mujer distinta a la portadora del óvulo, es decir, se implanta en una mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo de la concepción, teniendo en cuenta que los dos elementos, óvulo y espermatozoides provienen de los cónyuges.

Heteróloga: Es la implantación del producto fecundado en el útero de una mujer distinta a la portadora del óvulo, considerando que en éste caso el semen proviene de un donador y generalmente es anónimo. ³

Es aquí donde realmente nos ocuparemos del problema de establecer quien es la verdadera madre, pues junto a la dueña del óvulo fecundado se considera la madre biológica y genética, pero también está la mujer que ha gestado y dado a luz el hijo que vendría a ser según nuestra Legislación la

³ Instituto de biotecnología.
P.- nup.//agrandaos.ugr.es/bistec:nun

Madre Legal, derivado del principio de que la maternidad se comprueba con el parto.

En el contrato de útero para fines de gestación, deberán especificar con todos y cada una de la cláusulas convenientes para que al final del mismo, no existan disyuntivas de ¿quién es la verdadera madre? Y la mujer que rentó su útero con fines de gestación, tenga en cuenta que fue solamente eso, una renta, por la cual se le pagó cumpliendo así todas las cláusulas del contrato.

Cualquiera que sea el método lo único artificial es el medio con que se realiza la fecundación, valiéndose de la calidad moral de las personas.

El sentimiento de la realización y trascendencia de quienes han alcanzado la paternidad a través del auxilio de la ciencia y la ética de los doctores que intervienen en la fecundación, es absolutamente auténtica.

Por lo tanto confiamos en que, quien recurra a este medio logre sus más profundos sueños de realizarse como padres y/o madres, logrando que este sentimiento sea una calidad inmejorables en cualquier aspecto.

2.4 CLONACIÓN

¿ Qué es la clonación?

Si nos referimos al ámbito de la ingeniería genética, clonar es aislar y multiplicar en tubo de ensayo un determinado gen o, en general un trozo de ADN.

Clonar significa.- Obtener un individuo a partir de una célula o de un núcleo de otro individuo.⁴

El 27 de febrero de 1997 la revista científica Nature publicada el informe sobre la primera clonación de un mamífero a partir del núcleo de una célula adulta de otro individuo, la presentación en Sociedad de la oveja Dolly en uno de esos momentos en los que la ciencia es polea de una pléthora de reacciones emocionales de todo tipo despertando sueños (o pesadillas) y reavivando mitos y viejos fantasmas.

Cabe mencionar que, dentro de la clonación la reproducción sexual fue invento evolutivo (del que quedaron excluidas las bacterias y muchos organismos unicelulares), que garantiza que en cada generación de una especie van aparecer nuevas combinaciones de genes en la descendencia, lo que quiere decir que, han perdido la capacidad de generar nuevos individuos y que cada tipo se ha especializado en una función distinta (a pesar de que, salvo excepciones contiene el mismo material genético).

Para la clonación (la primera en el mundo) de la oveja Dolly, los científicos usaron esencialmente el método, que consiste en obtener un óvulo de oveja, eliminarle su núcleo, sustituirlo por núcleo de célula adulta (en este caso de las mamás); e implantarlo en una tercera oveja que sirve como madre de alquiler para llevar el embarazo. Así pues Dolly carece de padre y es el producto de tres “madres” la “donadora” del óvulo, contribuye con el

⁴ en el debate sobre la clonación Enrique Yáñez Pareja.- Instituto de Biotecnología, Universidad de Granada España.
P..<http://agrandaos.ugr.es/bistec.htm>. a la portada de Institutobiotecnología.

citoplasma (que contiene además de mitocondrias que llevan un poco de material genético), la donadora del núcleo (que es la que aporta la inmensa mayoría del ADN), y que parió, que genéticamente no aporta nada.

Científicamente se trata de un logro muy interesante, que demuestra la determinación de circunstancias para ser posible “reprogramar” el material genético.

¿Para que servirá la clonación de animales?

Uno de los objetivos buscados por el grupo de Wilmut (en alianza con una empresa) es unir la técnica de la clonación con la de la ingeniería genética de mamíferos con objeto de producir medicamentos o sustancias útiles comercialmente interesantes, (por ejemplo vacas que en su leche secreten sustancias terapéuticas determinadas por un gen introducido previamente).

Se a hablado igualmente de que la clonación podría representar la salvación “In extremis” de ciertas especies silvestres amenazadas de extinción y difíciles de criar en cautiverio.

2.4.1 Clonación en humanos

Esta perspectiva es la que, obviamente a despertado una mezcla de fascinación, ansiedad y temor en la opinión pública. El ciudadano actual percibe los adelantos científicos con cierta ambivalencia; si bien reconoce como positivos los avances, también está consiente de que pueden acarrear problemas ambientales y amenazar valores y creencias importantes para la humanidad.

Lo que se juega en debate sobre la clonación no es obtener copias de Albert Einstein o Hitler (algo imposible, por que en cada individuo influye poderosamente el ambiente y la educación), lo cual quiere decir que nuestros genes no determinan nuestra individualidad y dignidad como personas.

Un individuo clónico (a parte de no ser idéntico al original) tendrá su propia individualidad y es absurdo hablar en este sentido de “fotocopias humanas” sobre todo a carácter y conducta.

Se ha dicho que la situación del clónico, es equivalente a los gemelos idénticos, pero no es así, mientras los gemelos comparten simultáneamente en el tiempo un mismo genotipo aleatorio totalmente nuevo; al clónico se le impone un genotipo experimentado anteriormente por otra persona. La clave de la crítica estriba en que esto crearía una situación asimétrica del clónico respecto el original; el clónico tendría encima la “losa” de saberse fruto de diseño de otras personas durante la vida, aunque nuestra cultura no deja resonar un viejo principio ético básico que dice “los seres humanos son fine en sí mismos, y no pueden ser medios para otros fines”; ¿con que autoridad y con que sabiduría podríamos imponer a otros seres humanos nuestro diseño en su misma entraña biológica, a carecer de la referencia a un padre y una madre, a ser fruto de una unión sexual?

2.5 El debate de la clonación

Este debate junto con otros avances derivados de la biotecnología (la Fertilización In Vitro) va a ser un buen campo para poner a prueba la capacidad de nuestras sociedades para discutir racional y democráticamente

sobre la posibilidad de encausar la tecnología; ¿ Tendremos en nuestras manos la oportunidad de poner al servicio de las profundas necesidades de la humanidad o seguiremos deslizándonos por la pendiente del sonambulismo tecnológico, aunque difiero del viejo principio ético respecto de que los seres humanos son fines en sí mismo y no pueden ser medios para otros fines?, pues si ésta en nuestras manos ayudar a otras personas para dar vida por medio de un transplante (hígado, pulmón, riñón, ojos, corazón entre otros), también la clonación puede salvar no una sino varias vidas, o bien, que una pareja que desee con todo su corazón y se saben serán buenos padres, teniendo por lo tanto calidad moral y económica, podrían recurrir a lo que hace 20 años Hans Jonas analizó y significaría ser un clónico.

Aquí la duda sería ¿le daríamos el justo equilibrio para que valga la pena lo que los científicos a la par de la biotecnología han descubierto? ¿seríamos capaces de usarlo únicamente cuando fuere necesario e indispensable?

Todo esto no es otra cosa sino nuestros valores, que anteriormente mencionamos como lo es la educación, para dar un uso adecuado a la clonación.

CAPITULO TERCERO

LA FECUNDACIÓN EXTRACORPÓREA

3.1 Generalidades

La fecundación in vitro puede tener lugar empleando espermatozoides del marido o de un donador y de un óvulo extraído de donadora o de la esposa.

“Respecto el empleo de gametos del marido y de la extracción de un óvulo de su mujer para producir artificialmente la fecundación extracorpórea (excluyendo en esta manera de procreación por la vía sexual, para insertar después el embrión por medios quirúrgicos en el vientre de la esposa, o de otra mujer en calidad de madre subrogada), debe decirse que es tan delicada, que solo debe ser permitida por la ley, en casos comprobados de imposibilidad de la mujer para concebir, por causa de mala conformación de aparato genital o por otras razones de origen orgánico”.

En todo caso deberá exigirse que la fecundación in vitro, sólo podrá ser practicada por médicos gineco-obstetras o ginecólogos autorizados para esa clase de operaciones y sólo en clínicas debidamente instaladas y autorizadas para esos efectos.

La experiencia nos revela que es necesario, adecuar nuestra legislación vigente, para que dentro de ella queden severamente reglamentadas las técnicas de reproducción asistida, antes de que las consecuencias de la falta de reglamentación provoquen conflictos cuyas

soluciones estén fuera de la ley, ya que, una vez más, la ciencia ha rebasado los límites del derecho.

3.2 Concepto y clasificación de la fecundación In Vitro.

La fecundación in Vitro consiste básicamente en reproducir, con técnicas de laboratorio, el proceso de fecundación del óvulo, cuando obstáculos insuperables impiden que éste fenómeno se realice intra corpore , es decir, en la parte superior de las trompas de Falopio, que es donde normalmente ocurre.

La fecundación in Vitro (FIV) es lógicamente más compleja y más costosa que la inseminación artificial, ya que requiere de una tecnología más sofisticada y la presencia de un equipo biomédico de gran especialización, por lo que constituye una de las proezas más sublimes de la ciencia.

La fecundación in Vitro tiende primeramente a producir la formación del embrión y consecuentemente la concepción, inicio del periodo de la gestación que se producirá por implantación del embrión en la matriz de quien la postre dará a luz al ser así concebido.

En este sentido no debe perderse de vista que el embrión es el ser concebido, un ser humano en proceso de formación que ya ha adquirido vida aunque incipiente, por el hecho de la concepción y ello introduce en el tratamiento jurídico y moral del problema, un elemento de trascendental importancia que hasta antes de que se produjera la concepción no aparecería.

Por esta razón han sido motivo de grave preocupación para los científicos, los moralistas y los juristas, las consecuencias de la fertilización in Vitro que deben ser considerados cuidadosamente, como lo han sido en Estados Unidos de Norteamérica, por la National Comisión for the Protection of Human Subjects on Biomedical and Behavioral Research, la cual después de un estudio llegó a la conclusión que no debe implantarse en el seno materno un embrión de más de 14 días después de la fertilización y que esta operación sólo puede llevarse a cabo como gametos obtenidos entre el varón y una mujer unidos legalmente en matrimonio.

Esta técnica de reproducción asistida admite la siguiente clasificación:

- 1.- HOMÓLOGA.- Cuando los dos elementos óvulo y espermatozoides provienen ambos de los cónyuges (FIV- cónyuge)
- 2.- HETERÓLOGA.- cuando el semen proviene de un donador, distinto al marido, y que generalmente es anónimo (FIV-donante).

Una vez producida la fecundación in Vitro, se lleva a cabo la implantación del embrión en la matriz de la mujer en cuyo vientre se producirá la gestación y posteriormente el parto.

El procedimiento, desde el punto de vista jurídico plantea la disyunción entre la paternidad biológica y la filiación del hijo, ya que ambos y tipos de fecundación in Vitro, homóloga y heteróloga, admiten una segunda clasificación, desde el punto de vista de la implantación.

HOMOLOGA.-

1º cuando se trate de una FECUNDACIÓN IN VITRO HOMOLOGA y la implantación del producto fecundado artificialmente se realiza en el útero de la propia madre que aportó el útero.

Aquí no existe controversia alguna en relación a la filiación, pues estamos ante la presencia de una FECUNDACIÓN HOMOLOGA IN VITRO Y DE UNA IMPLANTACIÓN HOMOLOGA también.¹

2º Cuando se trate de una FECUNDAION IN VITRO HOMOLOGA y la implantación del producto se realiza en útero de mujer distinta a la portadora del óvulo es decir se implanta en una mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo para su concepción.

- cabe mencionar y es el caso hacerlo, que este tipo de fertilización es el motivo que da origen a la realización de este trabajo y que será materia de la presente exposición.

Éste fenómeno recibe diferentes denominaciones como son:

“MATERNIDAD SUBROGADA”, “MADRE PORTADORA”, “MADRE SUSTITUTA”, “ARREDAMIENTO O ALQUILER DE MATRIZ O UTERO”, “SERVICIO DE INCUBACIÓN”, “CONTRATO DE ÚTERO CON FINES DE GESTACIÓN”.

¹ 12.- Society for Asisted Reproductive Technology and American Society for Reproductive Medicine. Asisted Reproductive technology in the United States anda canada:1994 results generated from the American Society for Reproductive Medicine/Society for Asisted Reproduccion Asistida 1996.

Pero independientemente de su denominación es importante aclarar que cuando la pareja que decide utilizar los servicios de otra mujer para que “incube” el producto fecundado, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta, estamos ante un supuesto de FECUNDACIÓN IN VITRO HOMOLOGA, debido a que el producto fecundado, posteriormente será transferido al útero de una mujer distinta a la aportadora del óvulo.

Y es aquí donde surge realmente el problema que nos ocupa, el de establecer quien es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado y que es la madre biológica y genética, está la mujer que ha gestado y dado a luz el hijo, que vendría a ser según nuestra legislación la madre legal, derivado del principio de que la maternidad se comprueba con el parto.

HETEROLOGA.-

1º Cuando el espermia proviene de un donador anónimo y el producto fecundado se implanta en la aportadora del óvulo, se habla de una FECUNDACIÓN IN VITRO HETEROLOGA, pero de una IMPLANTACIÓN HOMOLOGA.

2º Cuando el espermia proviene del marido y otra mujer distinta a su esposa aporta el óvulo y presta su vientre.

En este segundo caso, la madre de alquiler no lo es sólo de su vientre sino también del óvulo de tal forma que se habrá producido una

FECUNDACIÓN IN VITRO HETEROLOGA, ya que el varón de la pareja solicitante es quien aporta el semen y la mujer que aporta el óvulo no es su esposa.

Pero se habla de una IMPLANTACIÓN HOMOLOGA, debido a que la misma se realiza en la propia mujer aportadora del óvulo , y quien, en este caso, es la única y verdadera madre.

Este segundo caso suele considerarse como “la verdadera maternidad subrogada”, pero en realidad, a nuestro juicio no puede hablarse de madre de alquiler debido a que definitivamente no se trata de un alquiler de óvulos, pues éstos, como se establecerá capítulos más adelante están fuera del comercio y no pueden ser restituidos una vez vencidos el término del contrato.

Por lo que aquí, no procede la figura de maternidad subrogada, sino queda lugar a una nueva figura jurídica, a la cual podríamos denominar “ADOPCIÓN PRENATAL”, que es cuando una pareja conviene con una mujer, para que ésta no solo preste su vientre, sino también su óvulo, y como biológica, genética y jurídicamente, esta mujer a la que se le solicita tal servicio es la madre, a la esposa del varón que aporta el esperma, solo le queda optar por la figura de la adopción prenatal o prefecundación.

3.3 Casos en que procede la fecundación In Vitro.

Tomando el concepto de esterilidad humana como género, debemos distinguir entre esterilidad en sentido estricto e infertilidad.

Esterilidad.- Incapacidad para producir gametos.

Infertilidad: Incapacidad para concebir, es decir para retener el embrión en la matriz.

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

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

Cuando la cuestión radique exclusivamente en la infertilidad, es decir, en la incapacidad de la mujer para retener el cigoto y sobrellevar la gestación, entonces podría recurrirse al CONTRATO DE UTERO CON FINES DE GESTACION, a fin de sustituir esa función, aportando la pareja infértil el material genético.

Y, en los casos extremos, cuando la esterilidad de la mujer sea absoluta (esterilidad sumada a la infertilidad), la aportación de óvulo y vientre por parte de otra mujer, usando espermatozoides del marido de la

mujer estéril para inseminar a la mujer alquilada, podría ser una solución al problema (Adopción prenatal).

En todos estos casos, a excepción de éste último, en el que se acude a la inseminación heteróloga, resulta necesario recurrir a la fecundación extracorpórea del óvulo.

La gran mayoría de las fecundaciones in vitro se realizan cuando la mujer es estéril, como consecuencia de la obstrucción de sus trompas, pero la fecundación in vitro puede solucionar también algunos casos de esterilidad masculina, por ejemplo cuando el varón es oligospermico.

3.4 Técnicas de fecundación en el laboratorio.

La tecnología de la fecundación in vitro se desarrolla fundamentalmente en tres pasos:

- 1) la obtención del óvulo y óvulos extrayéndose de la cavidad abdominal, propiamente hablando, se trata de ovocitos próximos a su maduración.
- 2) La fecundación in vitro propiamente dicha, es decir, la puesta en contacto del óvulo con los espermatozoides y el logro de la fecundación incluyendo las primeras divisiones celulares.
- 3) La transferencia del embrión (TE) de pocas horas, al interior del útero, para que allí se realice el proceso de anidación o implantación y continúe el desarrollo embrionario.

Después de preparar los espermatozoides, el óvulo se extrae del folículo una vez que la maduración ha terminado, es decir, justo antes de la ovulación pero es importante prever el momento de su capacitación.

La extracción del óvulo se realiza en el transcurso de una cilioscopia bajo anestesia general, una larga aguja es guiada por un aparato óptico introducido en la cavidad abdominal, que permite el examen del ovario; el contenido folicular es aspirado por la aguja. El examen inmediato del producto de la aspiración, realizado con lupa binocular, permite reconocer fácilmente el óvulo.

Con el fin acabar con los inconvenientes recoger el óvulo en el ciclo natural, lo que solo permite un solo ovocito maduro, se recurre a tratamientos de estimulación hormonal en los ovarios, en la actualidad es un tratamiento hormonal al principio del ciclo, que permite tener simultáneamente varios ovocitos.

El cultivo del huevo al igual que el de los gametos masculinos, no es un problema simple, ya que normalmente el huevo está bañado por complejos líquidos biológicos de la trompa o del útero, por lo que los medios de cultivo sintéticos deben imitar lo más posible dichas secreciones, como condición necesaria para el éxito de la fecundación y supervivencia del huevo en un medio externo.

Es importante, además, de respetar ciertas condiciones estrictas como son que todo el material de cultivo, evidentemente estéril, debe estar compuesto por materiales (plástico o vidrio) tratado de antemano para evitar la difusión de sustancias tóxicas en el medio, las variaciones bruscas

de temperatura o del PH, así como las luces internas deben evitarse, el cultivo se desarrolla en la oscuridad, como ocurre en el vientre materno, con sistemas confiables de regulación térmica y gaseosa.

Después de un tiempo razonable, varias horas por lo menos para asegurar la penetración del óvulo por un espermatozoide, el huevo supuestamente fecundado se traspa a un huevo tubo de cultivo.

Esta operación sirve para eliminar los espermatozoides excedentes, que van muriendo progresivamente y cuya degradación alteraría la composición del medio y además, por sucesivos pipeteados, la mayor parte del cúmulo con el fin de observar más fácilmente la segmentación del huevo fecundado. La primera segmentación (estado bicelular o blastómero) ocurre entre las 25 y 35 horas después de la fecundación in vitro. El huevo posee 4 blastómeros transcurridos unas 48 horas y 8 antes de que transcurran las 72.

Es ahora cuando debe realizarse la reimplantación , cuando el huevo tiene de 4 a 8 células, es decir, 2 a 3 días después de su extracción, ya que se considera que en éste momento el útero está dispuesto para aceptar el huevo y que éste ha alcanzado un desarrollo suficiente. La progesterona liberada por el ovario después de la ovulación, influye en el desarrollo de la mucosa uterina, preparándola para la recepción del cigoto.

3.5 Transferencia del cigoto.

Técnicamente, el procedimiento ordinario de implantación en el útero, es el siguiente: el huevo transportado por un fino catéter no traumático, se introduce en el útero, por el cuello, siendo depositado sobre

la mucosa uterina con una mínima cantidad de líquido de cultivo, en éste momento la relajación de la paciente es muy importante para facilitar el paso del catéter por el cuello y evitar contracciones uterinas que expulsarían el huevo hacia la vagina, se ha observado que el embarazo tiene más probabilidades de alcanzarse si la paciente está relajada en el momento de la reimplantación del huevo, de ahí que esta intervención relativamente trivial, se realice en un ambiente musical y cerca de la habitación del hospital que ella ocupará durante varios días para vigilar el inicio eventual del embarazo.

Hecha la transferencia, las divisiones posteriores del óvulo fecundado transcurren en el útero, hasta alcanzar, hacia el quinto día, el estado de blastocisto, la implantación en la mucosa uterina tiene lugar en éste estado, y la especie humana se produce al parecer, hacia el séptimo día después de la fecundación.

La implantación marca el fin de la vida libre y el inicio real del embarazo, esta etapa es conocida en todos los animales, como un paso fisiológico difícil y selectivo, pero si el sólo 7% de los pacientes tratadas consiguieran el hijo que ningún otro método pueda ofrecerles, el hecho adquiere entonces trascendencia médica y social.

Lo que resulta cierto es que la probabilidad de conseguir un embarazo cuando se transfiere un solo embrión es del 11% y cuando el transferir es de 4 embriones a la vez va aumentando progresivamente hasta llegar a un 38%.

Precisamente, la estimulación hormonal de los ovarios para lograr la maduración de varios folículos a la vez, permite la recolección de 4 o 5

ovocitos que, al ser transferidos al útero materno después de su fecundación in vitro, hacen que aumenten las posibilidades de embarazo, pero también, junto a la eventualidad del parto múltiple, aparecen una multitud de fenómenos cuya estimación ética y jurídica ha convulsionado todos los valores conocidos.

Ante las dificultades actuales para la congelación de ovocitos, lo que no ocurre con los espermatozoides, se ha procedido a crionizar los cigotos sobrantes después de realizada la transferencia, a fin de crear una reserva y no tener que repetir el procedimiento para obtener nuevos óvulos, en caso de que la implantación fracase.

Pero los cigotos también pueden ser donados o vendidos a otra mujer estéril, colocados en el vientre de una madre portador, en los casos de infertilidad ya mencionados, aprovechados en la experimentación científica, o en fin, abandonados, en cuyo caso se producirá la muerte del compuesto celular, cuya transferencia esta fuera de discusión, lo que ocurrirá siempre, cuando el proyecto de la fecundación presente deformidades o deficiencias graves.

En 1983 según una nota periodística “científicos de la Universidad California de Harbor-UCLA- en los Estados Unidos, anunciaron que por primera vez en la historia ha sido posible transplantar embriones humanos de una mujer a otra. La técnica consiste en depositar el espermatozoides del futuro padre, en el útero de la mujer que se ofrece para donar su óvulo y retirar éste días después, ya fecundado con ayuda de una solución salina. Luego se le traslada al útero de la receptora. Este método, que ya ha sido bautizado como adopción prenatal, tiene la ventaja de que no requiere intervención

quirúrgica, como en los casos de fertilización en el tubo de ensayo. Los expertos en embriología opinan que, si la técnica prospera, permitirá tener hijo a miles de matrimonios en los que la mujer es estéril.”²

Más recientemente se comenzó a aplicar un nuevo método denominado ZIFT, traducido como transferencia intratubárica de cigotos, que consiste en una combinación de la FIV del GIFT, ya que se realiza practicando la fecundación in vitro, pero los embriones obtenidos se transfieren directamente a las trompas de Falopio, no al útero, utilizando el mismo mecanismo del GIFT. Se aplica a casos de infertilidad masculina por falta de cantidad o de movilidad de los espermatozoides, o para tratar factores inmunológicos.

Cualquiera que sea el método lo único artificial es el medio donde se realiza la fecundación, aunque seguramente, el sentimiento de realización y transferencia de quienes han alcanzado la paternidad a través del auxilio de la ciencia es absolutamente auténtico.

² ver periódico “Clarín”, Buenos Aires, Argentina 23 de julio de 1983.

Se trata pues de una inseminación artificial heteróloga seguida, después de constatada la fecundación, de un lavado uterino con transferencia del cigoto al útero de la mujer que pretende continuar el embarazo y reconocer como propia al niño.

CAPITULO CUARTO

CONTRATOS ASPECTOS JURÍDICOS

4.1.- Los derechos reproductivos en las leyes, códigos, normas y programas mexicanos.

Los derechos reproductivos están contemplados en el artículo 4° de la constitución Política Mexicana, que dice: "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud..."

4.2 Definición del contrato.

El contrato se tiene de común acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones.

El contrato puede crear derechos reales o personales, o bien los trasmite; pero el contrato no puede crear derechos distintos.

Principales clasificaciones de los contratos.

Ésas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista de distinguen:

1.- Contratos bilaterales y unilaterales.

- 2.- Oneroso y gratuitos.
- 3.- Conmutativos y aleatorios.
- 4.- Reales y consensuales.
- 5.- Formales y consensuales.
- 6.- Principales y accesorios.
- 7.- Instantáneos y de tracto sucesivo.

Elementos constantes: Sujetos y la relación jurídica.

Contrato.- es un convenio entre dos o más partes para crear transmitir o modificar obligaciones.

4.3.- Definición de Convenio.

Es un acuerdo de voluntades de dos o más personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos reales o personales; por lo tanto, el convenio tiene dos funciones. Una positiva, que es crear o transmitir obligaciones y derechos y otra negativa: modificarlos o extinguirlos.

De la terminología jurídica se ha hecho una distinción entre contratos y convenios en sentido estricto:

Al contrato se le ha dejado la función positiva, es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones y el convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones.

Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre del contrato.

Para existencia de contrato se requiere:

- consentimiento y,
- objeto que puede ser materia del contrato.

El contrato puede ser invalidado:

- incapacidad legal de la parte o de una bella;
- por vicios del consentimiento,
- porque su objeto será ilícito y,
- porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma en que la ley establece.

Los contratos se perfeccionaran y surten efecto entre las partes por el mero consentimiento; el aspecto aquellas deben revertir una forma establecida la ley.

Son objeto de los contratos:

- la cosa que el obligado debe de dar,
- el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

La cosa objeto del contrato debe de:

- ser física o legalmente posible,
- ser determinado en cuanto su especie
- estar en el comercio.

Para la existencia del contrato se requiere.

1. consentimiento,
2. objeto que pueda ser materia del contrato
Art.1281 (Código Civil para el Estado de Guanajuato).

Consentimiento.- Escuela elemental central del contrato es un concurso de voluntades.

Que consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o división de obligaciones y derechos, siendo necesario que voluntades tengan una manifestación exterior.

4.3.1 Oferta y aceptación.

Uno de los futuros contratantes propone a otro las condiciones de un contrato; esto es lo que se llama oferta o por licitación, si el otro se muestra conforme con ellas, le da su aceptación, queda conformado el consentimiento.

4.3.2 Autonomía de la voluntad.

La noción de libertad individual se expresa habitualmente diciendo que **todo lo que no está prohibido, está permitido.**

4.3.3 Objeto materia del contrato.

Objeto: la realización de determinada conducta por parte de uno de los sujetos que consiste en un dar, hacer o prestar.

Dentro del objeto hay cosas posibles e imposibles, veamos cuáles son unas y cuales son otras.

4.3.4 Cosas posibles .

Cosa posible: las cosas objeto del contrato deben ser física o legalmente posibles (aquí tendríamos que determinar que la fertilización in vitro sea considerada legalmente posible).

4.3.5 Cosas imposibles.

Las cosas cuya especie no es ni puede ser determinada y las cosas que están fuera del comercio (lo que no existe); en nuestro caso si existe, existe el óvulo, el esperma o el embrión.

4.3.6 Cosas futuras.

Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato ejemplo “las ventas comerciales son frecuentemente ventas de cosas futuras así sucede sobre todo tratándose de pedidos hechos a fabricantes, etc.”, luego entonces una madre está rentando su matriz, podría ¿llamarse la fabricante del bebé?¿qué nombre llevaría? ¿en qué forma se le llamaría en el contrato?, ahora bien si el objeto en materia puede a futuro, estamos hablando que un bebé (niño o niña)viene a futuro, entonces una razón más para únicamente perfeccionar (o elaborar) un contrato para la fertilización in vitro o en el caso específico renta de útero con fines de gestación.

La ley nos dice que a lo imposible nadie está obligado (pero habla de lo que no puede o no existe) nosotros hablamos de un objeto que si existe.

Como el consentimiento forma una parte sumamente importante dentro del contrato (para mí la más importante) veamos entonces:

4.3.7 Formas del consentimiento.

Noción de la forma de consentimiento: la manifestación del consentimiento es un elemento extrínseco (exterior) del contrato, lo que constituye la forma de él.

Consentimiento expreso:

A veces la manifestación se hace expresamente para formar el contrato ejemplo verbalmente una persona propone a otra la celebración del contrato y esta acepta en una carta el consentimiento se ha expresado en lenguaje hablado y escrito.

Consentimiento tácito:

Es la manifestación directa de la voluntad (no directa, también se emplean palabras).

Y como no basta con la celebración de un contrato, es necesario que pueda demostrarse que exista la prueba.

La prueba:

Es necesario que pueda demostrarse su existencia, especialmente a un juez, para ello debe tenerse un medio de prueba de que celebró el contrato.

4.3.8 Documento privado:

Es el escrito que redactan y firman los contratantes para hacer constar en el contrato que han celebrado y las condiciones del mismo.

4.4 Documento público.

Es el que está autorizado por un funcionario público especialmente por un notario , ambos son un medio de prueba y como nosotros necesitamos un medio documental que nos pueda servir para en un momento dado defendernos ante las autoridades correspondientes representadas por un juez. Este documento nos lo puede redactar un notario, para esto hablemos un poco de lo que es:

4.4.1 Notario.

“es el profesional encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias, tenerse de fe en su contenido en su función, está comprendida en la autenticación de hechos”. Ante notario declarar las partes.

4.4.2 Declaración de voluntades

Los particulares acuden al notario de su elección para exponer sus voluntades. El notario a su vez está y tiene que atender a:

4.4.3 Ejercicio obligatorio

Excepciones, el notario está obligado a ejercer sus funciones, cuando para ello fuera requerido. Sólo debe rehusarlos cuando no pueda actuar con imparcialidad. El notario está obligado a:

4.4.4 Exámenes de títulos

El notario tiene que examinar título, inscripciones en el registro público de la propiedad recabar documentos etcétera, en este caso no checar al registro público de la propiedad pero si tener el original del contrato.

Protocolo.- el notario lleva un libro o un conjunto de libros que se llama protocolo.

Testimonio.- en la copia en la que se transcribe íntegramente una escritura o un acta notarial y se transcribe o incluyen reproducidos documentos que obran en la apéndice.

La minuta.- es un documento preliminar en el que se consigan las bases de un contrato o acto que después a de elevarse a escritura pública (sólo cuando se compra un bien inmueble).

Esto del notario (a) es para tener un mayor conocimiento y que la postura que defendemos sea la más correcta y llegue a fines menos dolorosos pero sobre todo que legalmente, no encuentren dudas nuestros legisladores a la hora de juzgar a los contratantes. Eso lo hacemos sin olvidar que también existen vicios.

4.4.5 Vicios del consentimiento.

El error, el dolo y la mala fé, la intimidación y la violencia (cuando se emplea la fuerza) física, naturaleza de la nulidad la cual se daría si existiera alguno de los vicios arriba mencionados.

Definición de lesión.- es el perjuicio que un contratante experimenta cuando un contrato no recibe de la otra parte un valor igual a la prestación que suministra, se valoriza en la relación de equivalencia.

La lesión.- es un vicio a la ves objetivo y subjetivo. La lesiones el perjuicio que un contratante experimenta cuando alguien se aprovecha de la suma ignorancia de otro.

De perjuicio.- La lesión únicamente se maneja en materia civil, el cual puede caer en fraude.

Nulidad absoluta.- Cuando hay falta de consentimiento y objeto (inexistencia), por lo tanto la lesión produce la nulidad relativa del acto, por lo mismo la acción es prescriptible, pues sólo dura un año. También podemos decir que la lesión produce:

Fraude.- La lesión se considera como un delito y está castigada con multa y cárcel y para no ahondar en materia penal es lo único que comentaremos del fraude.¹

¹ *Rafael Rojas Villegas comprendió derecho civil.

*Otro concepto de contrato es; un vínculo jurídico trascendente uno llamado acreedor y otro deudor.

*teoría general de las obligaciones.

Manuel Borja Osorio

*Código civil para el estado de Guanajuato.

CAPITULO QUINTO

FILIACIÓN

5.1 .- Principio de la verdad biológica.

Pienso que el inicio de este sub tema es necesario recalcar que, la esencia original de la filiación es el vínculo biológico, pues través de él nos identificamos con nuestros descendientes porque, sin negar la importancia de la socialización y las bondades de la adopción, la capacidad de crear vida y las coincidencias genéticas que caracterizan al parentesco natural, tienen esa indudable transcendencia que une a la familia y que origina en los científicos el afán de búsqueda de un remedio contra la esterilidad humana.

Por ello el legislador, al fijar las presunciones que conducen al vínculo paterno filial o al reglamentar su investigación, debe hacer constante referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos, es decir, a circunstancias que identifican entre si a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante, una vez separado del seno materno y es por esta razón también que debería definir la investigación de la paternidad (refiriéndonos tanto a la paternidad como maternidad) como el procedimiento apropiado para identificar y concretar la individualidad del padre, de la madre o de ambos, con relación a la persona de determinado al hijo . identificación que

no puede ser otra que la biológica y genética, pues las meras presunciones han quedado atrás, al abrirse paso a formas de fecundación artificial que originan conflictos de paternidad, y ante la aportación de nuevas pruebas, por medio de las cuales se determina la verdadera filiación, que es la biológica y genética. Dejando abierta la posibilidad de que la persona que se considera con derecho, y lo pruebe, de inscribir como el hijo reconocido previamente por otra persona, en virtud de considerarse su verdadero progenitor podrá en cualquier tiempo establecer la acción conducente a este fin.

Nos resulta difícil suponer o “presumir” quien es el verdadero progenitor para la ley, lo difícil había sido, demostrar positivamente la vinculación biológica. Sin embargo, a través de la incompatibilidad sanguínea se logró, primero, la prueba negativa de la paternidad, y ahora, recientemente por la aplicación de un nuevo sistema denominado Complejo mayor de Histocompatibilidad (HLA- Humana Lymphocyte Antigen-), es ya posible afirmar de manera casi absoluta, con una certidumbre superior al 99%, que una persona determinada es el padre o madre biológico de un cierto niño.

Esta apertura probatoria hacia el nexo biológico, sin necesidad de recurrir a presunciones, o haciendo que todas ellas admitan prueba en contrario, es una aportación invaluable de la ciencia del Derecho, razón por la que, el legislador debe disponer con toda modernidad que en los juicios de investigación o de impugnación de la paternidad, sean admisibles las pruebas de los grupos sanguíneos, marcadores genéticos o cualquier otro método de exclusión o confirmación de la paternidad, que puede desarrollarse en el futuro.

Lo que no significa un cambio en el criterio legislativo respecto de la fuente genética de la filiación. Sino solo que sea demostrada con pruebas fehacientes que no admitan nada en contrario, perfeccionado así el sistema de transporte, pero no el punto de partida, ni el destino, que siguen siendo los mismos.¹

Si analizamos nuestra legislación, que no ha reformado sus normas para adecuarlas a los avances científicos veremos que, excluida la adopción, cuya base voluntarios tica resulta indiscutible, nuestro Código ha buscado, a través de diversas presunciones el origen genético de la filiación.

La maternidad, se determina presuntivamente mediante el parto y una vez establecida, se recurre a la época de la concepción para suponer la paternidad del marido y es precisamente que atendiendo a este dato, nuestro Código Civil en su artículo 324,² asume que :

Se presumen hijos de los cónyuges:

1. los hijo nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio.
2. los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio ya provenga ésta de nulidad de contrato, de muerte del marido o de divorcio.

¹ SOTO La Madrid Miguel Angel. Biogenética, Filiación y Delito. Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires, Argentina. 1990. p.p. 332-356

² Código civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa México, D.F. año 1991.

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

Estas presunciones nos conducen al vínculo jurídico, ya que, porque toca a la maternidad, hasta hacer muy poco tiempo resultaba impensable que la mujer que daba a luz no fuese quien había aportado el material genético, pues la posibilidad de extraer y transferir óvulos de otra mujer al vientre de otra, o de fecundarlos in vitro y colocarlos después en útero, ajeno data recientemente, pero éstas son sólo presunciones, basadas en la idea de que no se podía probar directamente el nexo biológico, lo que científicamente es obsoleto y así debería serlo jurídicamente.

Razón por la cual, estas limitaciones presuncionales, basada supuestamente en el bienestar de los hijos, en el honor y en la estabilidad de la familia o en el honor y en la estabilidad de la familia o en el origen de la filiación, han sido ásperamente injustas, sino porque el vínculo formal no siempre satisface a las partes.

Debido a esto, es los últimos años y a partir de la posibilidad de demostrar fehacientemente la vinculación genética, la idea de que cada persona debe ostentar la filiación que realmente le corresponda por naturaleza, con plena independencia que sus padres se encuentren o no unidos en matrimonio, ha empezado a imponerse en las legislaciones modernas, que sostiene que cada sujeto debe figurar como padre o como hijo de quien verdaderamente lo sea, esto es, de quien responda al vínculo biológico y genético, disponiendo de los medios que el Derecho posee a su alcance y que son las acciones de filiación y las pruebas biológicas que

sirven para rectificar la situación en que vive, en caso de no estar conforme con ella, es decir, para dejar de estar unidos con quien no tiene lazo consanguíneo alguno, o para comenzar a estarlo, si tal unión no consta legalmente.

En el terreno de la maternidad subrogada la insustituible aportación genética del óvulo es totalmente ignorada por nuestro Derecho ya que se deja a la madre aportadora en el anonimato, confiriendo la maternidad a la portadora, quien a pesar de ser la madre legal no es la madre biológica ni genética.

El principio de la verdad biológica debe influir en una nueva reforma al Capítulo de Filiación para que cualquier persona pueda develar el misterio de su origen de la misma manera que influyó cuando gracias a él desapareció la categoría de los llamados hijos ilegítimos.

En consecuencia es necesario reflexionar sobre el contraste entre la verdad biológica y la forma en que debe regularse la fecundación artificial, diciendo si la voluntad de los particulares puede fundar relaciones paternofiliales que no quieren diferenciarse jurídicamente, de las basadas en la procedencia genética, debido a que nuestra legislación, al carecer de preceptos que la regulen, hace prevalecer la posesión de estado sobre el vínculo genético.

Hace falta que nuestros legisladores se empapen de cierto realismo jurídico, porque la formulación del derecho no debe constituir un discurso desconectado de la realidad, sino que deben considerarse los hechos, los

avances científicos y valorarse según su significado social, a la luz de un criterio establecido a su vez, reglamentarlos.

5.2.- Concepto de Filiación.

Concepto en sentido amplio:

La filiación crea el parentesco consanguíneo en línea recta, en primer grado, de aquí que por paternidad y filiación jurídica entendamos la relación jurídica creada entre los progenitores, padre y madre y su hijo, a los cuales la ley atribuye derechos o deberes.

Concepto en sentido estrictos.

Desde el punto de vista jurídico la diferencia entre los conceptos de filiación y paternidad estriba en el punto de vista del observador.

Paternidad: Cuando es visto desde el lado de los padres, la maternidad queda involucrada en este concepto.

Filiación: Cuando se enfoca desde el ángulo del hijo.

Así, se llama maternidad a la relación de la madre con respecto a sus hijos, paternidad a la relación del padre con sus hijos y estrictamente filiación cuando el punto de referencia es el sujeto hijo o hija con respecto a su madre o a su padre.

La maternidad era un hecho indubitable derivado de los datos comprobables del embarazo y del parto, ya que se diera dentro o fuera del matrimonio y excepcionalmente surgía su incertidumbre, cuando el parto tuviere lugar sin testigos y el recién nacido fuera abandonado por su madre, pero, como lo hemos venido sosteniendo, este concepto ha quedado atrás derivado de las técnicas de fecundación artificial.

La paternidad para nuestro Derecho, es siempre una presunción jurídica *juris tantum*, es decir, admite prueba en contrario y surge con certeza relativa dentro del matrimonio. *Pater is est quem justae nuptiae demonstrat*, el hijo de mujer casada es hijo del marido casada es hijo del marido de su madre. Por lo que la paternidad habida fuera del matrimonio es incierta por principio y solo puede establecerse por reconocimiento voluntario por parte del padre o por sentencia que así lo declare en un juicio de la paternidad.

5.3.- Clases y consecuencias.

La filiación surge en tres maneras por matrimonio, fuera de matrimonio o por adopción, cada una de ellas se establece o constituye de diferente manera, por una vez surgida la relación jurídica entre progenitor e hijos, las consecuencias jurídicas son iguales para todos los sujetos, no hay discriminación en nuestro derecho para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos, lo único diferente es la forma de establecer el lazo de la filiación

Ya que en México, a partir de la Ley de relaciones Familiares de 1917, ya no existen diferencias a este respecto, los derechos de los hijos en relación con sus progenitores y las familias de los mismos son iguales, independientemente de que los padres se encuentren casados o no, derivado de que la importancia que reviste la distinción entre hijos de matrimonio o fuera de él, radica sólo en la forma de probar la relación de paternidad.

La filiación es una forma de parentesco, el más cercano en grado, por ser en línea recta ascendente o descendiente en primer grado y es el único parentesco en primer grado que reconoce el Derecho.

Sus consecuencias jurídicas genéricas son las de todo parentesco como derecho-deber de alimentos, sucesión legítima, tutela legítima y determinadas prohibiciones, así como la configuración de ciertos delitos, atenuantes y agravantes en materia penal.

El parentesco de filiación tiene ciertas consecuencias particulares como son el derecho al nombre, la patria potestad y delitos particulares como el infanticidio y el parricidio.

5.4 .- Filiación matrimonial

Llamada filiación matrimonial o legítima, se establece cuando el hijo nace dentro de los plazos determinados por la ley.

La filiación en su doble aspecto : paternidad-filiación, es un derecho surgido directamente del matrimonio, tanto para el hombre casado como para el hijo.

El artículo 345 del Código Civil lo reafirma al señalar que “no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, mientras que éste viva, únicamente él podrá reclamar contra la filiación del hijo concebido durante el matrimonio”.

5.4.1 Pruebas de la Filiación Matrimonial.

La prueba de la filiación legítima o matrimonial se establece normalmente con las actas de nacimiento del hijo y de matrimonio de los padres, unida a la identidad el presunto hijo con aquel a que el acta se refiere. En nuestro medio, cualquiera puede hacerse de una copia de actas de nacimiento y de matrimonio de los padres, sin que por ello el poseedor sea el hijo al que el acta se refiere. La identidad se puede probar por cualquier medio, ya sea a través de testigos o documentos.

La prueba de la filiación es sumamente importante para la vida civil de una persona, pues determina dos cuestiones fundamentales que son: la identificación del sujeto a través del nombre que lo individualiza y la relación de parentesco con sus progenitores y con otros sujetos, con las consecuencias jurídicas que la filiación y el parentesco consanguíneo de otros grados, trae consigo. De ahí la necesidad y la importancia de la institución del registro Civil mediante la cual se hace constar la personalidad jurídica y el estado civil de las personas físicas.

La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con las actas que expide el registro civil, a falta de actas de filiación de una persona se puede probar mediante la posesión de estado de hijo y de cónyuge.

5.4.2 Actas del Registro Civil.

Artículo 340.- La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

Artículo 341.- A falta de actas o si éstas fueren defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible sino hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno sólo de los registros faltare o estuviere inutilizado y existe duplicado, de éste deberá tomarse la prueba sin admitirla de otra clase.

La exigencia de la doble prueba de acta de matrimonio de los padres y de nacimiento del hijo no es contemplada por otras legislaciones del mismo origen que la muestra, pues se considera que el acta de nacimiento contiene los elementos necesarios para la justificación. La mayoría de los

Códigos Civiles de los estados de la Federación Mexicana exigen solamente el acta de nacimiento como prueba de filiación matrimonial.³

5.4.3 Posesión de estado de hijo y de cónyuge.

A falta de acta de nacimiento, si fuere defectuosa o incompleta, la prueba de la filiación se establece por la posesión de estado de hijo de matrimonio. Por posesión de estado de hijo, debemos entender:

La situación de una persona respecto a sus reales o supuestos progenitores que lo consideran o tratan como hijo.

Son 4 los elementos que configuran la posesión de estado de hijo:

- 1) Nombre (Nomen) Que el hijo haya usado constantemente el apellido del que pretende que es su padre, en ausencia de éste.

Este elemento se establece por el hecho del que el presunto hijo tenga el o los mismos apellidos de sus supuestos progenitores.

- 2) Trato (Tractus) que el padre lo haya tratado como a hijo nacido de su matrimonio, proveyendo a su subsistencia educación y establecimiento.
- 3) Fama: Que el hijo haya sido reconocido constantemente como hijo de matrimonio por la familia del marido y en la sociedad, es decir, se

³ BASQUEIRO,ROJAS,Edgard y BUENROSTRO Baez,Rosalía "Derecho de Familia y Sucesiones" México,D.F. editorial Harla.1990.p.179

establece por el reconocimiento que la familia de los padres y la sociedad en general hacen la relación filial.

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

La posesión de estado de hijo, es un hecho que requiere de ser probado, lo cual puede hacerse por cualquiera de los medios de prueba, sólo que la prueba testimonial no es admisible si no va acompañada de prueba escrita que la complementa, a efecto de evitar los riesgos de una falsa testimonial, salvo que las circunstancias generen indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que a juicio del juez se consideren bastante graves. (artículo 341 C.C.D.F.)

Cuando falte el acta de matrimonio de los padres y éstos estuvieren muertos, ausentes o enfermos y no se supiere donde contrajeron matrimonio, pero se pueda demostrar que han vivido constantemente como esposos, puede esta posesión de estado de casados suplir el acta de Registro Civil, no basta la sola posesión del estado de casados, pues ésta se da también en el concubinato.

La posesión de estado de casados es empleada como prueba, para efectos de sustituir la prueba documental, cuando no exista el acta de matrimonio y sea imposible saber donde se casaron los padres.

Los hijos sólo podrán invocar “la posesión del estado de casados” en dichas circunstancias, a efecto de comprobar su filiación legítima, pero para ello deberán también probar la posesión de estado de hijos.

La posesión del estado de casados no debe estar contradicha por el acta de nacimiento.

5.4.4 Acción de reclamación del estado de hijo de matrimonio.

En nuestro Derecho, un supuesto hijo de matrimonio puede reclamar su estado de hijo aunque carezca de acta de nacimiento y de posesión de estado de hijo, y su acción es imprescriptible para él y sus descendientes, de allí que el hijo no reclama podrán hacerlo los nietos, quienes pueden establecer su genealogía sin límites de grado o de tiempo.

Para demandar su herencia, esto es, para ejercer la acción de petición de herencia, la ley sólo les otorga diez años, pero para los demás efectos, como la obligación alimentaria, uso del nombre, impedimentos matrimoniales, no hay tiempo de prescripción.

Los otros herederos del hijo que nos sean descendientes pueden reclamar el estado de éste para los efectos económicos implícitos, sólo si el hijo murió antes de cumplir los 22 años o cayó en demencia antes de esa edad y no recobró la capacidad antes de morir. Estos herederos pueden continuar la acción que el hijo hubiere iniciado si ésta no hubiere caducado por falta de actividad procesal por más de un año.

El mismo derecho tiene los acreedores del hijo muerto insolvente. La acción de los herederos no descendientes y e los acreedores prescribe a los cuatro años de muerto el hijo. Sobre la filiación no puede haber transacción ni juicio arbitral.

Ahora bien, cuando el acta de nacimiento contradice la posesión de estado de hijo de matrimonio, y se sostiene que ella no corresponde a la realidad que se refleja en la posesión de dicho estado, deberá obtenerse la nulidad o corrección de la misma.

En el caso del hijo tenido fuera del matrimonio, cuyo estado consta en un acta y es conocido y tratado como hijo de matrimonio, porque el progenitor que lo tuvo antes de casarse lo llevó a vivir al hogar conyugal y el otro cónyuge lo acepta y trata como hijo propio, estará al acta y no al estado aparente del hijo de matrimonio.

Cosa distinta es cuando los progenitores se casan después de registrado el hijo tenido antes del matrimonio, ya que sería un caso de legitimación. Aquí el estado de hijo de matrimonio, que mostraría que los padres que reconocieron son los mismos que contrajeron nupcias posteriormente, aun cuando el acta de matrimonio no se mencione a los hijos.

5.4.5 Límites temporales de la presunción de paternidad.

En ésta filiación, los hijos de una mujer casada gozan de la presunción de que su padre es el marido de su madre. Esta presunción se conoce por su nombre latino de *pater is est quem muptiae demonstrat*, que se

resume en que el padre es el que indica el matrimonio, o sea, el marido de la madre en el momento del nacimiento.

Esta presunción se fundamenta en dos aspectos:

1° La fidelidad de la esposa, consistente en no tener relaciones sexuales con otro hombre sólo con su marido.

2° La aptitud del esposo para engendrar.

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

Son hijo de matrimonio los concebidos durante éste, no basta que el hijo haya nacido durante el matrimonio para que se tenga por hijo del marido. Al respecto la ley toma el tiempo mínimo y máximo de la gestación, y establece que son hijos del esposo los nacidos después de 180 días de celebrado el matrimonio y los nacidos antes de 300 de que el mismo se haya disuelto.

Por lo que se refiere a los hijos de la esposa nacidos antes de los 180 días de celebrado el matrimonio, el marido puede desconocer que sean suyos. A éstos no los protege la presunción de legalidad pater is est, pero no podrá desconocerlos si se probare por escrito que él ya sabía del embarazo de su esposa al celebrar el matrimonio, o si se presentó al registro del hijo y

lo reconoció como suyo, tampoco si el hijo nació muerto o murió antes de 24 hrs.

En cuanto a la falta de los presupuestos de la presunción pater is est, debemos señalar:

- que cuando el marido no está en posibilidad de haber sido el padre del hijo que dio a luz su esposa, se le concede una acción de contradicción de la paternidad, pero para ello se requiere que demuestre la imposibilidad de que sea su hijo, por no haber podido tener acceso carnal con su mujer durante los primeros 120 días de los 300 anteriores al nacimiento, atendiendo a los plazos mínimo y máximo de la gestación. La prueba de la imposibilidad física debe consistir en la demostración de que no pudo haber acceso carnal entre él y su esposa, por separación, ausencia, prisión o enfermedad grave.
- que cuando el embarazo y el nacimiento de un hijo se han ocultado al esposo, a éste se le concede también la acción de la paternidad, alegando el adulterio de la madre, pues tales actos hacen suponer culpa en la mujer.

5.4.6 Plazos para el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad.

El esposo puede contradecir la paternidad de los hijos de su esposa a través de la acción de contradicción de la paternidad, la cual sólo podrá ejercer dentro de determinado tiempo.

1.- Cuando al supuesto padre se le ocultó el nacimiento del hijo, tiene 50 días contados a partir del día en el que descubrió el nacimiento ocultado.

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

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

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

El desconocimiento de la paternidad implica la negación de que el hijo que ha dado a luz sea de su marido, de aquí que en el caso de nulidad de matrimonio o de divorcio la presunción de paternidad cese después de los 300 días de que los cónyuges fueron legalmente separados. El marido puede contradecir la paternidad del hijo nacido, aún cuando no hayan transcurrido 300 días de la sentencia que pone fin al matrimonio, pero la esposa y el hijo pueden sostener la paternidad, quedando la carga de la prueba de las relaciones sexuales entre los esposos, después de la separación, a cargo de la esposa o bien del hijo

5.4.7 Reglas para la aplicación de la presunción de paternidad en el caso de matrimonios sucesivos.

En los casos de segundas nupcias o matrimonio sucesivos pueden haber confusión de paternidad entre el primer marido y el segundo (confusión sagumis).

Esta circunstancia puede darse en los casos de viudez, nulidad de matrimonio y divorcio, cuando no se respete el plazo de 300 días que se fija a la mujer para contraer nuevo matrimonio después de disuelto el primero y, como en estos casos los plazos de la presunción paterna se superponen, la ley fija las siguientes reglas en beneficio del hijo.

1.- si el hijo nace antes de los 180 días del segundo matrimonio y antes de 300 días de disuelto el primero, el padre es el primer marido.

2.- si el hijo nace después de 180 días del segundo matrimonio, el padre es el segundo marido, aunque no hayan transcurrido los 300 días de la disolución del primero. Ambas presunciones admiten prueba en contrario.

3.- si el hijo después 300 días de disuelto el primer matrimonio, pero antes de los 180 días de celebrado el segundo, será hijo nacido fuera de matrimonio. En este caso deben observarse las excepciones a la facultad de desconocimiento de la paternidad por el segundo marido; conocimiento del embarazo al celebrarse el matrimonio o comparecencia al Registro Civil para registro del nacimiento del hijo.

La ley otorga al esposo la facultad de desconocimiento de la paternidad y a sus herederos en los casos de incapacidad o muerte, no basta el dicho de la madre para excluir de la paternidad al marido, mientras ése

viva, sólo a él compete tal facultad durante el término legal de 60 días. Nadie más puede intentarlo si, siendo capaz, él no lo hace.⁴

5.5.- Filiación Extramatrimonial.

Es también llamada filiación extramatrimonial ilegítima o natural, es la derivada de la unión no matrimonial.

Se da tanto en los casos en que hay imposibilidad de matrimonio entre los padres, como en aquellos en los que media algún impedimento, ya sea por matrimonio subsistente de alguno de ellos, relación de parentesco o profesión religiosa. Así. Por filiación extramatrimonial debemos entender el vínculo que se establece entre padres e hijos cuando los primeros no están unidos en matrimonio.

Los que dan origen a la filiación extramatrimonial son los hijos de la mujer soltera provenientes de una relación fuera de matrimonio.

Atendiendo a la situación de los progenitores, tradicionalmente se han reconocido diversos tipos de filiación extramatrimonial.

1.- Se llama filiación natural a aquella derivada de una unión en la que no existía impedimento para que los progenitores pudieran contraer matrimonio.

⁴ MONERO Duhalt, Sara. "Derecho de Familia", México, D.F. Editorial Porrúa. 1992, p. 266

2.- se denomina filiación espuria aquella en la que los progenitores estaban imposibilitados para casarse. A su vez, esta filiación se dividía en adulterina, incestuosa y sacrílega, según que alguno de los progenitores estuviera casado, ambos fueran parientes, o que dentro de los sistemas de reconocimiento del estado eclesiástico se estableciera la incapacidad de contraer matrimonio por celibato forzoso. Los efectos de ésta filiación eran menores que los de la filiación matrimonial, tanto en materia de sucesión hereditaria como de relaciones familiares, que sólo establecía el vínculo entre el hijo y su progenitor, no así con los familiares de éste.

En la actualidad, las diferencias entre los hijos han sido suprimidas y nuestras leyes los equiparan en todos sus derechos y deberes.

Para establecer la filiación extramatrimonial deben distinguirse dos aspectos:

A) la maternidad y B) la paternidad. Al respecto el artículo 360 del Código Civil para el Distrito Federal determina :

En la filiación extramatrimonial puede ser unilateral, establecida a uno de los progenitores, es decir, puede no estar constituida respecto al otro. La filiación de los hijos nacidos fuera del matrimonio resulta, con relación a la madre, del sólo hecho del nacimiento. Respecto al padre, sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad.

Ahora bien, la diferencia entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y los hijos de matrimonio se origina en la forma de establecer la prueba de la relación filial.

La filiación matrimonial es siempre doble, de ambos padres.

Para hacer constar en el acta de nacimiento el nombre de los padres es necesario que éstos lo pidan, ya sea estando presentes, ya por apoderados, si se llegare a asentar el nombre del que no lo autorice expresamente deberá testarse de manera que no pueda leerse. Está prohibido al juez del registro Civil hacer inquisición respecto a la paternidad, y en todo caso se asentará el nacimiento como hijo de madre, de padre o de ambos desconocidos, sin que el que reconozca pueda revelar con qué persona lo tuvo ni exponer ninguna circunstancia que sirva para identificarla.

5.5.1 Formas de establecer la Filiación Extramatrimonial.

La filiación de los hijos habidos fuera de matrimonio, tal como lo señala la ley, sólo puede establecerse de dos formas:

1. Por el reconocimiento voluntario en acta de nacimiento, acta especial, acta notarial, testamento, confesión judicial.
2. Por reconocimiento forzoso, o filiación que se establece por sentencia judicial en la se imputa la paternidad, derivada de una sentencia en

acción de reclamación de estado, interpuesta por el hijo o su representante legal.⁵

5.5.2 Reconocimiento Voluntario.

Puede ser efectuado conjunta o separadamente por los padres y debe hacerse necesariamente en cualquiera de las formas establecidas en el artículo 368 del Código Civil, que establece.

El reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio, deberá hacerse de alguno de los modos siguientes:

- I.- En la partida de nacimiento, ante el juez de registro civil;
- II.- Por acta especial ante el mismo juez ;
- III.- Por escritura pública;
- IV.- Por testamento;
- V.- Por confesión Judicial directa y expresa.

En todo caso debe levantarse Acta del Registro Civil y además, anotar el hecho del reconocimiento al margen del Acta de Nacimiento.

5.5.3 Reconocimiento Hecho por los Casados.

Los casados pueden reconocer al hijo que hubieren tenido antes de casarse. El varón, al hijo tenido de mujer distinta de su esposa durante el

⁵ BAQUEIRO.OP.Cit.P.191.

matrimonio, pero no podrá llevarlo a vivir al hogar conyugal sin autorización del otro cónyuge.

Nadie puede reconocer como hijo suyo al de una mujer casada, salvo que el marido lo haya desconocido y se haya declarado así en sentencia firme.

5.5.4 Reconocimiento Hecho por un Menor.

El menor puede reconocer a su hijo pero requiere de autorización de los que ejercen la patria potestad, del tutor o de la autoridad judicial, si los anteriores lo niegan.

Para reconocer, es necesario tener la edad requerida para contraer matrimonio, más la edad del hijo.

La renovación y la nulidad del reconocimiento voluntario.

El reconocimiento no es revocable y, si fue hecho en testamento, el reconocimiento subsiste aunque aquél se revoque, sin embargo, como todo acto jurídico, es susceptible de anulación por error, dolo o violencia.

En estos casos, el vicio de la voluntad debe derivarse de hechos trascendentales que directamente afecten la voluntad, de tal manera que la anulación no equivalga a un arrepentimiento.

Nuestro Código Civil parece reservar la acción de nulidad pro engaño error sólo menor de edad, pudiendo intentar la acción hasta cuatro

años después de su mayoría de edad, pues nada dice respecto a los mayores.⁶

Creemos que como todo acto jurídico, las reglas generales de la nulidad son aplicables, y en este caso sólo se dispone de 60 días para demandar la nulidad desde que se conoce el error, o seis meses desde que cesa la violencia.

Puede reconocerse al hijo no nacido y al muerto si dejó descendencia, y también puede reconocer al hijo mayor de edad, pero con su conformidad.

Para reconocimiento hecho por el menor, se requiere del consentimiento de su tutor.

5.5.5 La Acción de Contradicción del Reconocimiento Voluntario.

El reconocimiento efectuado por un hombre puede ser contradicho por la mujer que cuide o haya cuidado al niño como hijo propio, y aunque no la haya reconocido de forma legal, le ha dado su nombre, lo a alimentado y educado, es decir, que tenga el estado de hijo suyo. El término para intentar la contradicción es de 60 días desde que tuvo conocimiento del reconocimiento, y tiene por efecto que la cuestión de la paternidad se resuelva en juicio. No importa el medio por el que se haya tenido lugar el reconocimiento, aunque sea por testamento y el padre haya fallecido cuando se conozca el reconocimiento.

⁶ Artículo 363. el reconocimiento hecho por un menor es anulable si prueba que sufrió error o engaño al hacerlo, pudiendo intentar la acción hasta cuatro años después de la mayoría de edad.

También el hijo puede contradecir el reconocimiento que de él se hizo cuando era menor, y su acción dura dos años después de adquirir la mayoría de edad, si supo del reconocimiento con anterioridad, en caso contrario, a partir de ese conocimiento.

El progenitor que ha reconocido puede reclamar y contradecir el reconocimiento efectuado por un tercero, la controversia debe resolverse en juicio entre los dos supuestos progenitores. Este caso puede darse no sólo respecto del padre, sino también respecto de la madre cuando una mujer distinta registra como hijo suyo a un niño ajeno. Es opinión del maestro Rojina Villegas, aquí se podría tipificar, además el delito consignado en el artículo 277 fracción I del Código penal, que señala: “ Se impondrán de uno a seis años de prisión y multa de cien mil pesos, a los que con el fin de alterar el estado civil incurran en: Atribuir un niño recién nacido a mujer que no sea realmente su madre” .

Creemos que la hipótesis del precepto citado no es aplicable sino cuando un tercero registre al niño atribuyéndole una madre distinta a la verdadera, pero sin comparecencia de ella, cosa difícil en el caso de mujer soltera, pues no se puede asentar en el acta de nacimiento el nombre del progenitor sin su conformidad.

El acto jurídico de reconocimiento voluntario es personalísimo e irrevocable y, como hemos visto, también es solemne, pues fuera de las formas limitativamente enunciadas no puede constituir principios de prueba para una acción de investigación de maternidad o paternidad, como es cartas, partida parroquial, declaración ante testigos.

5.5.6 Reconocimiento Forzoso o Judicial.

Cuando el reconocimiento no se obtiene espontánea y voluntariamente, queda al hijo la acción del reconocimiento forzoso, a fin de establecer su filiación como hijo nacido fuera de matrimonio a través de un juicio de investigación de la paternidad o maternidad.

5.5.7 Investigación de la paternidad y maternidad:

En este caso, de reconocimiento forzoso, es necesario reconocer la filiación respecto de la madre, a través de ella, investigar quien fue el padre, ya que si se ignora quien es la madre, menos podrá saberse quien es el padre.

Para establecer la relación filial con la madre basta con probar que una determinada mujer no casada ha dado a luz, y la identidad del producto de ese alumbramiento con el sujeto de cuya filiación se trate, en ambos supuestos existe la más amplia libertad de investigación y de prueba.

Por su propia naturaleza la maternidad es un hecho cierto del cual se puede obtener prueba plena. De ahí que el Código Civil dispone la madre no tiene derecho de dejar de reconocer a sus hijo y tiene también la obligación de que su nombre figure en el acta de nacimiento (artículo 60 Código Civil del Distrito Federal).

Si al presentar el niño al Registro Civil no se proporciona el nombre de la madre y nadie puede darlo sin su autorización, ni siquiera el padre que reconozca; el niño e asentará como hijo de madre desconocida, es decir,

que existirá la investigación de la maternidad cuando la madre haya abandonado al hijo recién nacido, o cuando se haya registrado falsamente como hijo de otra mujer. En estos casos tanto el hijo como sus descendientes tendrán derecho de investigar la maternidad, la cual puede probarse por cualquiera de los medios de prueba ordinarios, incluso los testigos sin principio de prueba escrita, pero la indagación no será permitida cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada. (Artículo 385 Código Civil del Distrito Federal).

Para probar la maternidad, deberán determinarse dos hechos: el parto y la identidad del nacido con reclamante. La única limitación a este derecho, aparece cuando se pretende atribuir la maternidad a una mujer casada, aunque se alegue que el nacimiento ocurrió con anterioridad al matrimonio.

Pero si la maternidad se deduce de una sentencia civil o penal (Artículo 386 Código Civil del Distrito Federal), -adulterio o exposición de infante-, el hijo puede demandar la investigación de la maternidad para establecer su filiación, a pesar de que la fecha de la demanda la madre haya contraído matrimonio. Aunque en el acta de nacimiento se señalará el nombre de la madre, sin su comparecencia ésta no probaría la maternidad, ya que la madre señalada en el acta podría impugnarla de falsa.

Una sentencia de carácter civil de donde se deduzca la maternidad, será la obtenida a favor del marido que pidió desconocimiento de la paternidad, más en este caso, la maternidad no necesita ser declarada. Una sentencia de carácter penal será la que se obtenga por acusación de adulterio, o la surgida en caso de rapto y violación. Pero aún en estos casos

es difícil de suponer la ignorancia de la maternidad con respecto a determinada mujer.

Cuando una persona nace fuera del matrimonio, ante la omisión del progenitor de reconocerlo voluntariamente, la ley otorga al hijo el derecho de pedir la inmutación de paternidad al sujeto que se suponga sea el padre del mismo. Este derecho del hijo, manifestado mediante el ejercicio de una acción lo llama la ley, investigación de la paternidad, pero ésta sólo puede intentarse cuando ya haya quedado establecida la maternidad y, a diferencia de ésta, la investigación sólo se autoriza en determinados casos.

Toda vez que la mujer soltera no tiene deber de fidelidad para con nadie, y que en ejercicio de su libertad puede tener relaciones sexuales con quien lo desee y aún simultáneamente con varios hombres, establecer la filiación paterna de su hijo es difícil y casi imposible, si no se dan determinadas circunstancias que hagan coincidir la época de la concepción con la relaciones íntimas con determinado hombre, quien posiblemente sea el autor del embarazo. Esto, se deduce de lo establecido en nuestro Código Civil, que no acepta aún como medio prueba los nuevos descubrimientos científicos biológicos y genéticos.

La paternidad sólo se establece por el dicho de la madre, y, desde el punto de vista jurídico, a través de presunciones. Sin embargo, y partiendo del supuesto de que sólo la madre puede saber quién es el padre de su hijo, antes de la Revolución Francesa de 1789 se admitía la libre investigación de la paternidad, solo para el pago de alimentos, pues los hijos ilegítimos no podían heredar. Esto dio origen a que las solteras escogieran como padre de sus hijos al más conveniente económicamente, circunstancia que llegó a

convertirse en una “plaga de la sociedad” según recuerda Planiol.⁷ como reacción, la Convención Revolucionaria prohibió totalmente la investigación de la paternidad, y los tribunales sólo la permitían en casos de raptó, cuando coincidía con la época de la concepción. Esta situación pasó al Código Civil y hasta 1912, debido a las críticas sociales y a la labor de la jurisprudencia, se establecieron cinco causas por las que se permitía la investigación de la filiación paterna.

Los posibles sistemas legislativos respecto al problema van desde la prohibición absoluta de investigar a la libertad absoluta, y el intermedio, que permite de investigar a casos determinados. Este último criterio es el que ha admitido nuestro Código Civil vigente, ampliando el número de casos en que es posible la acción de investigación de la paternidad.

Los casos en que se permite la acción de investigación de la paternidad son expresamente establecidos en la ley, y al igual que en la investigación de la maternidad, dicha acción sólo se permite en vida de los padres. Durante la minoría de edad del hijo, es la madre o el tutor del menor quien debe intentar acción. En caso de que el padre o la madre fallecieran durante la minoría de edad del hijo sin que se hubiera intentado la acción, el hijo gozará un plazo de cuatro años después de cumplidos los dieciocho para iniciar demanda en contra del representante de la sucesión, o de los herederos de su presunto padre.

Así el artículo 382 de nuestro Código Civil establece:

⁷ PLANIOL, citado por Baqueiro.Op. Cit.P.198

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

- I. en los casos de rapto, estupro o violación, cuando la época del delito coincida con la de la concepción;
- II. cuando el hijo se encuentre en posesión del estado de hijo del presunto padre;
- III. cuando el hijo haya sido concebido durante el tiempo en que la madre habitaba bajo el mismo techo con el pretendido padre, viviendo maritalmente.
- IV. Cuando el hijo tenga a su favor un principio de prueba contra el pretendido padre.

De esta última fracción que la expresión de investigación de la paternidad no es del todo acertada, pues investigar significa indagar, registrar, hacer diligencia para hacer una cosa y en caso de la investigación de la paternidad, el hijo que intenta la acción que debe tener a su favor determinadas circunstancias como prueba de que cierta persona es su padre. Aunque ciertamente, puede darse el caso del hijo que ignore su origen y que tenga que hacer realmente una investigación previa al respecto pero, al ejercitar su acción debe de tener ya consigo los indicios suficientes sobre quien es su padre para poder intentar su demanda.

Por otra parte, el juez de la causa tampoco ordenará que se realice una investigación, sino que se atenderá a las pruebas presentadas por las partes para decidir la cuestión.

Doctrinalmente se ha definido a la investigación de la paternidad como la averiguación judicial que tiene por objeto establecer la filiación de una persona nacida de matrimonio y no reconocida por su progenitor.

Pero como ya lo aceptamos; la investigación de la paternidad no es realmente una averiguación judicial, sino el derecho que tiene el hijo o la madre, de ejercitar una acción para que, si las pruebas que se presenten son suficientes al juicio del juez, se impute la paternidad a un determinado sujeto.

La limitante para que los hijos puedan ejercitar estas acciones, la cita el artículo 388 de nuestro ordenamiento Civil que establece:

“Las acciones de investigación de paternidad o maternidad sólo pueden intentarse en vida de los padres”. “Si los padres hubieren fallecido durante la menor de edad de los hijos, tienen éstos derecho de intentar la acción antes de que se cumplan cuatro años de su mayor edad”.

5.5.8 Efectos del Reconocimiento:

La filiación del hijo extramatrimonial, reconocido de forma voluntario o a consecuencia del juicio de investigación de paternidad, otorga los mismos derechos del hijo nacido fuera de matrimonio, tanto respecto de los padres como de la familia de éstos.

En consecuencia tendrá derecho a:

- a) usar los apellidos del que lo reconozca;
- b) ser alimentado;
- c) La porción sucesoria que como a cualquier pariente consanguíneo le correspondería en la sucesión intestada o legítima.

5.6.- Filiación Civil o Adoptiva.

Es la filiación por adopción, llamada filiación civil o adoptiva, se establece como consecuencia del acto de adopción que convierte al adoptante en padre o madre y el adoptado en hijo.

| La fuerza del vínculo genético cede, por disposición de ley, ante la necesidad de integrar niños abandonados, huérfanos o existiendo carencia de una familia que les brinde la nutrición física y afectiva que necesiten, así como la dirección normativa indispensable para integrar su personalidad dentro del marco de convivencia social.

La adopción es, la única excepción jurídica, en la mayoría de las legislaciones; al principio de que la vinculación paterno-filial surge necesariamente del factor genético. Y aún en este caso, el legislador impone condiciones que de alguna manera, pretenden asimilar el vínculo adoptivo al derivado de la descendencia biológica, como la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, la vinculación parental con la familia más amplia y la disposición que ordena omitir cualquier referencia al origen genético, en las actas de nacimiento formuladas a raíz de la adopción.

5.7.- Pruebas Biológicas.

Hasta ahora, el matrimonio, el concubinato, la posesión de estado de hijo, la violación, el rapto o el estupro, ocurridos en la época probable de la concepción, han sido elementos de convicción de los que deriva un beneficio procesal, esencialmente probatorio: La presunción de filiación a favor del nacido a raíz de estas circunstancias y a cargo de las personas involucradas.

Insistimos, sin embargo que la naturaleza de estas presunciones permite normalmente la prueba en contrario, es decir, presumen la paternidad liberando de la carga probatoria a la madre o al hijo siempre que demuestren el hecho base de la presunción, pero autorizan al efecto por esta “ verdad provisional de la ley”, a que justifique que, a pesar de la presunción él no es el padre.

A diferencia de los sistemas cerrados de impugnación,⁸ en los que la defensa se centra en la imposibilidad de haber realizado el acto sexual, los sistemas abiertos contradicen estas presunciones o desplazan el vínculo formalmente constituido, a través de varios tipos de pruebas, particularmente las biológicas.

⁸al referirse a las reglas para impugnar la paternidad matrimonial, se dice que no es diferencia relativa a los medios de prueba que el marido pueda aducir, sino de los extremos a robar. En base a ello se delimitan fundamentalmente los dos sistemas, el abierto que permite al marido probar la existencia del nexo biológico sin limitarlo a ciertos supuestos predeterminados y el cerrado, que fija ciertos criterios presupuestos de la acción, que si resultan acreditados, permiten al juez considerar probado el vínculo biológico y a falta de los cuales no pueden intentarse la prueba de éste fenómeno. En este sistema se alineó nuestro código Civil, siguiendo al Código de Napoleón.

Las cuales, obviamente, tienen un mayor poder de convicción, ya que demuestran que la relación jurídica no existe, lo que era casi imposible pocos años atrás, es decir que a pesar de que exista un vínculo legal, éste puede impugnarse basándose en pruebas biológicas, que demuestren que no existe un vínculo genético y por tanto no debe existir vínculo legal, salvo tratándose de adopción.

Con referencia a la presunción de filiación matrimonial, establecida a favor de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los 300 días posteriores a su disolución, anulación, divorcio o separación de hecho de los esposos, Biscaro y García de Chiglino aclaran que “cabe tener presente que esa presunción es iuristantum, y que el marido podrá desvirtuarla por todos los medios de prueba (artículo 258) y, sin que quepa lugar a dudas, la acción resultaría ampliamente exitosa si nos atenemos a las pruebas biológicas que autoriza nuestra legislación (artículo 253, Ley 23.264) por que, obviamente, el hijo no es biológicamente suyo”.

Pero también, y con el mismo argumento, las autoras citadas sostienen que “el marido ausente que remitió su semen, o el que padece de impotencia coeundi posterior al matrimonio, no podrá desconocer su paternidad, demostrando que existió imposibilidad física o material de mantener relaciones sexuales con su esposa en el periodo legal de la concepción. Bastará aportar, por parte de la mujer, la prueba de la inseminación artificial con semen de su marido, para desvirtuar las probanzas ofrecidas por éste. Fácil resulta entonces concluir, dicen, que las pruebas biológicas prevalecerían frente a la presuncional”.

Estas conclusiones válidas en los sistemas abiertos que se apoyan en las pruebas científicas para determinar la filiación, no son aplicables a nuestro Código, pues no ha receptado todavía las pruebas biológicas.

De aquí deriva la importancia de explicar e qué consiste y cómo operan estos instrumentos científicos:

Las primeras pruebas biológicas relativas a la filiación, se iniciaron con la identificación de las caracteres antropomórficos del padre y el hijo supuesto, y de los síntomas patológico-hereditarios que pudieran apoyar o debilitar la presunción o la acción de emplazamiento.

La prueba negativa de los grupos sanguíneos por su parte descansan en el descubrimiento de ciertos antígenos contenidos en los hematíes de la sangre, los que permanecen inalterados durante la vida del sujeto y que siguen las leyes de la herencia, por lo que si encuentran en el hijo, deberá hallarse en uno y otro de los padres. “ los principales sistemas sanguíneos evidencian la cantidad de tipos de sangre que es posible encontrar, si sólo tomamos los factores del sistema ABO, M Y N, RH, obtendríamos 48 categorías hematológicas distintas; computándose todos los factores conocidos, se consiguen varios millones de combinaciones posibles. Sin embargo, muchos de esos antígenos no pueden ser reconocidos debido al escasez de sueros más accesibles es posible detectar 55.296 combinaciones sanguíneas”.

Los diversos sistemas sanguíneos funcionan en forma independiente, por ejemplo una persona que pertenece al grupo B en el sistema ABO, puede tener cualquier factor en el sistema M y N y ser, a la vez RH positivo

y negativo; esto permite concluir que cuando mayor sea el número de factores que se utilicen en una prueba hematológica , más elevada será la probabilidad de descartar a quien no es el padre.

Se estima que si se emplea el sistema ABO, es posible la exclusión de un 16% de los casos, combinándolo con el sistema M y N tal posibilidad aumenta al 36% y si se adiciona al estudio del sistema Rhesus se eleva al 84%; es decir, que si tomamos 100 hombres al azar, se pueden descartar 84 cuando no existe nexo biológico. Se calcula que normalmente la probabilidad de exclusión alcanza el 97.9% de los casos. La independencia de los sistemas sanguíneos significa pues, que es suficiente encontrar incompatibilidad en una sola propiedad pese a que en las otras se manifieste concordancia, para que pueda desecharse la existencia del vínculo filial.

De esto se deriva que debe de ser admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos u otra de validez científica en los juicios sobre declaración de paternidad o maternidad, como ya está regulado en algunos códigos Civiles.

También sería admisible la prueba negativa de los grupos sanguíneos a petición de la parte demandante en el caso del artículo 382 del Código Civil en su fracción I, cuando fueren varios los autores del delito y la paternidad de uno de los demandados sería declarada sólo si dicha prueba descarta la posibilidad de que corresponda a los demás autores. Si uno de los demandados se negara a someterse a la prueba, sería declarada su paternidad, si el examen descarta a los demás y la obligación alimentaria solidaria, respecto de quienes se hayan negado a someterse la prueba.

En los juicios de impugnación de la paternidad del marido se busca la exclusión del vínculo, probando la incompatibilidad sanguínea con el hijo de la madre. Sin embargo la prueba positiva de la paternidad también resiste interés en esta clase de procesos, ya que puede servir a la madre o al hijo para fijar la paternidad del marido, en el caso de no haber sido descartado, o ser utilizada también por actor, para poner en evidencia la paternidad de otro hombre individualizado.

Fue por esto que surgió, como una aportación de la ciencia del Derecho e Familia, el sistema HLA (Human Lymphocyte Antigen) de histocompatibilidad que, según Zannoni y Bossert (piesoto 65), “deriva de las investigaciones de Dauset, quien descubrió en las células leucocíticas de la sangre, ciertas proteínas antigénicas codificadas en el sexto par cromosómico y situadas en la membrana citoplasmática de todas las células nucleadas en el organismo. Estas proteínas se transmiten siguiendo las leyes de la herencia de Mendel.

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

par cromosómicos, pues cada persona presenta un par de antígenos de cada codificación, uno genéticamente paterno y otro genéticamente materno, formando el complejo mayor de histocompatibilidad.

Los antígenos del sistema se muestran claramente ya en el feto y después del nacimiento se mantienen constantes estables durante toda la vida de la persona. La gran posibilidad de combinaciones hace posible la determinación positiva de paternidad y maternidad con una certeza, en ocasiones absoluta, pero en general superior al 97%.

A pesar de lo anterior, nos damos cuenta que la legislación latinoamericana arroja un saldo negativo por lo que toca a los criterios para ampliar el ejercicio de las acciones de filiación, y también en relación con el carácter científico de las pruebas que pueden ofrecerse en juicio.

Por lo que es conveniente una profunda revisión del Derecho de Familia en general y de la filiación en particular, toda vez que, después del derecho a la vida, el ser humano debe tener desde el nacimiento, siempre que sea posible, los padres que genéticamente les corresponden, coincidiendo el vínculo legal con el genético y especialmente ante los medios artificiales de procreación o fecundación, entre los cuales se encuentra la maternidad subrogada, ya que, aceptando como medios de pruebas las biológicas, será más fácil determinar quién es la verdadera madre, para poder establecerlo jurídicamente, pero conforme a las leyes de la biología y de la herencia.

5.8.- Hacia una nueva Fuente de Filiación.

En Europa han surgido autores que, ignorando la tendencia genética de su propia legislación, intentan, como hizo Díaz de Guijarro en la Argentina, ponderar el valor jurídico de la voluntad en la filiación, surgiendo a partir de este dato, una nueva interpretación del derecho vigente que sirve para resolver los problemas surgidos de esa nueva realidad; la fecundación asistida, resolviendo las controversias, basándose en la voluntad de los padres o los que pretenden serlo, dejando a un lado las pruebas biológicas y resumiendo, se otorgará el carácter de padres a quien lo consienta y reconozca legalmente. Lo cuál desde nuestro punto de vista es incorrecto y fuera de la realidad, pues para ello existe figura de la adopción, pues de lo contrario se estaría falseando la información ante el Registro Civil y en el caso específico de la maternidad subrogada, nada nos resuelve ente la controversia de decidir quién es la madre, si las dos mujeres tienen la voluntad de serlo legalmente.

Así Rivero Hernández,⁹ hablando para España, sostiene que “los principales problemas para determinar la filiación tenían su origen en el secreto de las relaciones sexuales causantes del nacimiento o en la necesidad de determinar cuál, si éstas se realizaron con diferentes varones, fue la que produjo la gestación: ello justificó el juego de presunciones, restricciones probatorias y otros formulismos jurídicos que han informado buena parte del derecho de filiación.

⁹ RIVERO Hernández, Francisco. “la investigación de la Mera Relación Biológica en la Filiación derivada de Fecundación Artificial en el Congreso Mundial Vasco. P.p.141-143 y146-148

Esta no es la filiación que conocíamos, no obstante el acto de decidir que el niño naciera y el deseo de asumir la responsabilidad afectiva y material de la filiación, puede ser más noble que muchos nacimientos productos de un proceso natural, particularmente los no deseados o los resultantes de un atropellado criminal”.

Por lo que esta nueva realidad, distinta de la filiación derivada de la relación sexual entre dos personas, requiere conceptos nuevos, categorías jurídicas y terminología apropiados a la nueva situación.

Por eso las acciones e investigación o impugnación de la paternidad, por lo que toca a las nuevas técnicas, deben partir de un elemento distinto, que es el verdaderamente relevante en este tipo de filiación: el elemento biológico que en la maternidad subrogada no puede ser sustituido y que es causa eficiente, última e infungible, ya que no puede desconocerse que la mujer aportadora es la madre biológica, por lo tanto real y debe ser la jurídica, porque de no ser así se trataría de un caso de discordancia entre el vínculo biológico y el jurídico que la ley reconoce, privilegiando el rol materno a la mujer portadora.

En el caso de aportación de vientre y de óvulo se da una situación similar a la adopción, donde la voluntad de los interesados es admitida, pero antes de la concepción y es convincente establecer un sistema de adopción prenatal, con todas las características de la adopción plena.

Por lo que nosotros proponemos una nueva legislación a fin de incluir esta adopción prenatal y especialmente, que es el caso que nos ocupa, la maternidad subrogada con el fin de que en la filiación se acepte como

prueba plena de biológica. Ya que por aplicación irrestricta del nexo genético la aportadora del óvulo será considerada como madre del producto de la fecundación, independientemente de la mujer que lo gestó a pesar de la voluntad de ésta última de asumir el embarazo y el parto.

Lógicamente algunas de estas conclusiones resultarán inadmisibles, a la luz de nuestra legislación vigente, pero la solución se encuentra en proponer las reformas necesarias para dar cabida a esta nueva fuente de la filiación.

Si recorremos el Continente Americano descubriremos que son muchas las legislaciones que no regulan los efectos de la reproducción asistida propiciando que la doctrina recorra todos los caminos, incluso lo que conducen a las aberraciones y que los juzgadores al no tener fundamentos legales que la respalden, se ajusten a las leyes existentes, que en muchos casos son obsoletas en esta materia.

Muchos justifican el atraso legislativo en el hecho de que el legislador desconoce las posibilidades de la inseminación y fecundación artificial, o en que conociendo su existencia consideró que éstas técnicas carecían de trascendencia estadística y social, por lo que no valía la pena impulsar el proceso legislativo, para regularlas, además de que resulta difícil, por no decir políticamente peligroso, tomar posición respecto de fenómenos tan controvertidos.

En México, la Ley General de Salud dice, escuetamente, en la última parte del artículo 466, que “ la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”, y si

bien no especifica el tipo de inseminación ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere, al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema.

Pues bien aunque parezca paradójico, entre quienes consideran que la actual legislación no resuelve los conflictos derivados de las nuevas técnicas de la fecundación, por lo que debe legislarse sobre el tema, están autores que apoyan y también quienes pretenden prohibir legalmente estas técnicas, sin embargo nosotros consideramos que la fecundación artificial es una manifestación nueva presentada por la ciencia y que debe captar el derecho para evitar el mal uso y la proliferación de nuevas formas de conducta antisocial, no previstas en un sistema jurídico que, a pesar de haber sido excelente en su época no pudo prever la tremenda evolución científica y tecnología de estos últimos años.

Consideramos justificada la ansiedad por tener un hijo pero la fecundación artificial encierra tales peligros de origen psicológico, moral y hasta emocional, que solamente previstos en la reglamentación y controlados puede hacer viable su implantación.

Como, de lo anterior se desprende, no existe en la actualidad norma alguna que regule la fecundación in vitro 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.

CAPITULO SEXTO

MATERNIDAD SUBROGADA

ASPECTOS CONTRACTUALES

6.1 .- Consideraciones Generales.

Mediante esta operación, cuando la mujer es infértil, el marido y ésta aportan el material genético, para que sea implantado en otra mujer que acepta llevar al hijo en su seno durante el embarazo y entregarlo a la pareja a su nacimiento, como se ve, se trata de un caso de maternidad substituta, en el que la mujer a la que le ha implantado el embrión, conviene llevar en su vientre al ser así concebido durante todo el periodo de la gestación y darlo a luz al concluir ésta.

La mujer portadora es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podía realizar una mujer infértil.

Entonces, para que pueda tener lugar éste fenómeno, se requiere la celebración de un convenio entre la mujer infértil y la madre sustituta, conforme al cual, ésta última conciente en soportar el embarazo, los riesgos del parto y una vez dado a luz entrega al infante.

Dicho convenio incluye una cláusula en la cual, la mujer que ha prestado su útero reconoce no ser la madre y acepta, antes de la concepción del hijo, en entregarlo a la pareja que solicitó sus servicios, y que son los padre genéticos y biológicos.

Es sabido que en algunos países los préstamos de útero constituyen un negocio organizado y lucrativo pero fraudulento o inaceptable para otros, que se basan en que es flagrantemente violatorio de un principio de orden público, conforme al cual la paternidad y la maternidad no pueden ser objeto de contrato, de renuncia o de convenio, y por lo tanto son inexistentes y carecen de total eficacia jurídica los pactos que se celebren aún entre los cónyuges y la madre sustituta para entregar a su cliente un producto biológico terminado.¹

Pero es necesario aclarar, que el objeto del contrato no es la maternidad, si no la prestación de un servicio de “incubación,” por llamarlo de alguna manera, y en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

El artículo 227 del Código Penal para el Distrito Federal señala que incurre en delito contra el estado civil de las personas quien atribuye un niño a mujer que no es su madre o usurpe el estado civil de otro, con el fin de adquirir derechos de familia que no les corresponden, pero si sabemos que la mujer aportadora es la madre biológica y genética, ¿podemos basarnos en el simple hecho del parto para atribuirle la maternidad a la portadora? En realidad, la aportadora ¿estará usurpando el lugar de la

¹ Moreno Luque Casariego. Reflexiones en tomo a la Gestación por cuenta ajena en el II Congreso Mundial de Vasco. La filiación a finales del siglo XX. P.p. 146-149

mujer que solo presta la matriz?. Si el artículo 448 del código civil, nos señala que los derechos y obligaciones que nacen de la paternidad y de la maternidad no son renunciables, entonces, basándose en un principio por demás obsoleto y fuera de realidad, como es que la maternidad se presume del solo hecho del parto, ¿podrá la mujer aportadora renunciar a sus derechos y obligaciones de madre?

Por estas y otras razones, tal fenómeno ha planteado en la práctica graves problemas para el infante concebido in vitro y gestado en el vientre de la mujer que biológicamente no es su madre y que al llegar al momento del nacimiento se niega a entregar al hijo que ha dado a luz, surgiendo las siguientes interrogantes ¿ puede ser forzada al cumplimiento de este contrato? ¿ en realidad existe tal contrato? ¿cuál sería la situación legal del embrión? ¿puede la madre portadora del feto durante el embarazo disponer de él a su arbitrio? ¿quién esta autorizado para cuidar y vigilar la conducta y la vida privada de la madre portadora durante el embarazo?. Estas y otras cuestiones de semejante gravedad, suscita la biotecnología, cuestiones no ajenas para el derecho pero si ajenas de legislación.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del Código Civil “desde el momento e que un individuo es conocido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código”. Por lo tanto, la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su arbitrio, ya que, independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este Código.

Por otra parte, la “Ley General de Salud” otorga a la Secretaría de Salud facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que “comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biológica de la reproducción humana”. Por lo que conforme a este precepto, la Secretaría de Salud en ejercicio de esta autorización, solo puede intervenir en las cuestiones relativas a la investigación en esas materias, quedando la laguna a si también se refiere la aplicación de las técnicas relativas a la reproducción artificial de seres humanos, ya que de permitirse, el contrato no tiene porque ser ilícito, puesto que está autorizado por la ley.

De lo anterior, se aprecia que el estado, a través de sus órganos competentes debe legislar sobre estas materias, con el fin de otorgar eficacia jurídica a convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de útero y declarar procedente la maternidad subrogada.²

6.2.- Concepto y Especies.

A pesar que la infertilidad femenina es una desgracia antigua, en nuestro siglo, se refrenda en forma preocupante.

Infertilidad femenina.- Es la patología propia de una mujer que no es capaz de lograr la viabilidad fetal. Consiste en la pérdida sucesiva y reiterada de embarazos, una vez que han sido logrados.*

² México Ley General de Salud: publicada en el diario oficial de la federación el 7 de febrero de 1984, modificada por última vez el 14 de junio de 1991. México, D.F. Editorial Porrúa 1995

Las causas son múltiples y complejas. Pueden deberse tanto a la etiología materno-ovular, como al gameto masculino en sí, sin excluir los factores psicógenos.

Las causas orgánicas pueden ser:

1.- ENDOCRINAS.- Como los defectos en el sistema neuro hormonal, la diabetes, el hipertiriodismo, las perturbaciones de las glándulas suprarrenales.

2.- PROCESOS TOXICOINFECCIOSOS.- Como el alcoholismo y la drogadicción, la toxoplasmosis, la listeriosis y la hemoglobinopatía.

3.- UTERINAS.- Como malformaciones, tumores, incompetencia istmicocervical, hipoplacia uterina, endometritis y siequías.

4.- INMUNOLÓGICAS.- Dado que los espermatozoides son fuente activa de antígenos y el huevo constituye un homoimplante, es indudable que el organismo materno puede producir anticuerpos que impidan la fecundación, produzca abortos o enfermedades en el recién nacido.

Los factores psicógenos por su parte, influyen notablemente en el fenómeno de la infertilidad. El hecho de que una mujer posea la capacidad biológica para concebir un hijo, no significa necesariamente que lo desee, o que esté psíquicamente preparada para recibirlo.

Se calcula que en los Estados Unidos de Norteamérica, se producen alrededor de 200,000 abortos espontáneos por año, que no tienen una causa específica comprobada, lo que lleva a algunos a concluir que desear consistentemente a un hijo no implica desearlo también inconscientemente.

Sin embargo, cuando la infertilidad no puede ser resuelta por vía quirúrgica o a través de tratamiento farmacológicos surge, como una solución llena de implicaciones morales y jurídicas, la posibilidad de subrogar en otra mujer la función de gestar, y en las desgracias extremas cuando la infertilidad se une a la esterilidad, cabe también recurrir a la donación del óvulo y a la prestación del vientre, para concebir y gestar a través de otra, como una nueva distorsión de la función genética resultado de la necesidad.

Zannoni señala, “se alude a la maternidad subrogada (del inglés surrogate motherhood) o gestación por cuenta de otro, en el caso de que el embrión de una pareja sea implantado en el útero de otra mujer, quien llevará cabo el embarazo y dará a luz al hijo en beneficio de esa pareja.”

Del mismo modo, agrega, se conocen casos de mujeres que han consentido en ser inseminadas para concebir un hijo que, una vez nacido, entregará gratuitamente o por precio al matrimonio constituido por el dador del semen y su esposa. En puridad, la maternidad subrogada o maternidad sustituta se dan el primer caso, ya que en el segundo la mujer inseminada es genéticamente la madre del hijo concebido, pues ella quien aporta el óvulo que es fecundado con el espermatozoides ajeno, esto es, que ha sido implantado en una mujer que no ha aportado sus óvulos para la procreación.

La confusión terminológica referida al mismo concepto, resulta tan visible como los efectos que esta técnica de procreación ha producido en la oral y el derecho.

Vidal Martínez sostiene, por el contrario, que llamamos “sustituta o madre subrogada, a la mujer que se ofrece a gestar un hijo por cuenta ajena. Una madre subrogada es una mujer fértil que acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado que no es su esposo y procrear un hijo. Una vez que éste ha nacido, la madre cede su custodia a favor del padre y además renuncia a sus derechos maternos sobre el hijo de manera que la esposa del padre pueda adoptarlo”.³

Con lo cual no estamos de acuerdo, pues ésta mujer que es inseminada artificialmente, aporta el óvulo, lo gesta y posteriormente da a luz, no un hijo por cuenta ajena, si no por el contrario, se trata de un hijo propio, al ser ella la madre tanto biológica, genética como jurídicamente. Por lo que no cabe posibilidad de la subrogación y no existe un conflicto de maternidades, además que el mismo tratadista se contradice al señalar, que la esposa del donador “puede adoptarlo”, confundiendo dos figuras muy diversas como son la subrogación y la adopción, siendo esta la última la que claramente se aprecia en el caso que él expone. Aunque estamos conscientes que este tipo de adopción está comúnmente vinculado con la defraudación registral del estado civil.

Y posteriormente el conocido civilista nos da la razón al explicar que “la técnica de la fecundación in vitro ha abierto posibilidades impensables. La función de gestar un hijo para una pareja infecunda. Puede hoy llevarse a

³ Vidal Martínez Jaime. Las nuevas formas de reproducción Humana. Madrid, España.1998.p.p.467.

cabo, no sólo utilizando los gametos del varón, sino también los de su esposa, quien asumirá posteriormente las funciones de madre. Esto porque está imposibilitada para retener el cigoto, o tal vez por el simple deseo de eludir los inconvenientes o el peligro que para ella pudiera suponer el embarazo. El hecho es que se procede entonces a una fecundación in vitro, empleando los gametos de la pareja que pretende el hijo, a fin de que el embrión humano sea luego gestado, previa implantación, por la madre sustituta o portadora”

Por lo que de este comentario, se deriva que dicho autor, acepta ya que la figura de la maternidad subrogada, como la conocemos y tratamos en el presente trabajo.

Recordando que los orígenes de esta institución se localizan en los estados Unidos de Norteamérica, en el año de 1975, cuando apareció un anuncio en un periódico de California solicitando una mujer para ser inseminada artificialmente y mediante remuneración, a favor de una pareja estéril, época en la que todavía no se lograba la fecundación in vitro, admitiremos que, cronológicamente, el término fue primeramente aplicado al servicio de gestación con óvulo propio, es decir a la inseminación artificial, pero no por esto se acepta que se hable de la maternidad subrogada, cuando en realidad no lo existe.

En la actualidad, el contrato de subrogación materna no tiene un contenido claro y unívoco. La misma Iglesia Católica en su instrucción sobre el respeto de la Vida Humana Naciente y la dignidad de la Procreación, incluye bajo el rubro de madre sustitutiva a ambas hipótesis, es decir:

A) La mujer que lleva la gestación de un embrión implantado en su útero, que le es genéticamente ajeno, obtenido mediante la unión de gametos de donadores, con el compromiso de entregar al niño inmediatamente después del nacimiento, a quien ha encargado o contratado la gestión.

Este es el caso en particular no9s ocupa y que desde nuestro punto de vista recibe el nombre de maternidad subrogada.

B) La mujer que lleva la gestación de un embrión a cuya procreación ha colaborado con la donación de un óvulo propio, fecundado mediante la inseminación con espermatozoides de un hombre diverso de su marido, con el compromiso de entregar al hijo, después de nacer a quien ha encargado o contratado la gestación.

Cabe aclarar, como ya lo mencionamos en el Capítulo tercero de esta Tesis, que en este inciso B), no se trata de una especie dentro del género de maternidad subrogada, sino simplemente es una variante de la figura jurídica de la adopción prenatal o prefecundación.

Pero entonces, ¿por qué la confusión? ¿porqué la mayoría de los tratadistas nos señalan dos clases de maternidad subrogada?. La confusión deriva del concepto de subrogación.

La palabra SUBROGACIÓN, viene del latín subrogatio-onis.

Acción y efecto de subrogar o subrogarse. Subrogar, viene del latín subrogare. Sustituir o un tercero se ponga en el lugar de otro, que no puede cumplir con cierta obligación.

Pero tratándose de subrogación materna no debemos olvidar la filiación biológica y genética, pues de no existir, cabe la adopción.

Por lo que el inciso A), si hay una verdadera subrogación materna, al ponerse la mujer gestante en el lugar de la aportadora del óvulo , que es quien debiera, pero no puede gestarlo.

Y en el inciso B), da lugar a la confusión debido a que la mujer que apporto el óvulo y vientre se cree, que se está poniendo en el lugar de la esposa del donador, olvidándose, de que la aportadora es la madre en todos los sentidos, biológica, genética y jurídicamente, por lo que al contar con ella con estas características, no se está poniendo en lugar de nadie; no podemos hablar de subrogación.

Olvidándose que aquí también se da la figura de la adopción.

Al ser la subrogación sinónimos de sustitución, se habla también de madre sustituta.

Y cuando media un contrato entre la madre aportadora y la portadora, podemos decir que existe un contrato de útero con fines de gestación o contrato de servicios de incubación simplemente.⁴

⁴ ponencia presentada al Congreso Hispanoamericano de derecho de Familia, Cáceres, España, Octubre de 1987.

6.3.- Criterios diferenciales sobre la validez de los contratos de subrogación.

Cualquiera que sea la denominación que se le asigne, salta a la vista que los criterios acerca del contrato de subrogación materna, hacen referencia a dos casos distintos que merecen análisis y críticas separadas, por los señalamientos expuestos en el punto anterior.

Eso es lo que Moreno Luque ⁵ al denominar:

Contrato de Maternidad: A la prestación de óvulo y vientre.

En esta hipótesis, la madre de alquiler lo es no solo en su vientre, si no también del óvulo, de forma que se habrá producido una inseminación artificial heteróloga siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre sería en este caso, la mujer alquilada.

Y simple contrato de Incubación: Cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir uno o varios cigotos producidos con material genético ajeno.

Aclara este autor que “cuando la pareja que decide utilizar los servicios de incubación, es la misma que ha producido el embrión que va a ser implantado en la matriz de la madre sustituta, estamos ante un supuesto

⁵ VIDAL Martínez Jaime. Las Nuevas Formas de reproducción Humana. Madrid, España (s. Editorial). 1988.p.p.180-181 VIDAL op. Cit.P. 180

de fecundación homóloga in vitro y su posterior transferencia al útero de un mujer distinta de la madre genética. Surge entonces el problema de decir cuál es la verdadera madre, ya que junto a la dueña del óvulo fecundado, que sería la madre biológica, está la mujer que ha gestado y dado a luz al hijo, que vendría a ser la madre legal.

A nuestro juicio debería distinguirse entre la gestación por cuenta de otro según haya o no aportación del óvulo, de forma que en el primer supuesto habrá que considerar siempre nulo cualquier convenio, pues estaríamos ante un contrato cuyo objeto está fuera del comercio de los hombres, siendo su consecuencia la imposibilidad de vinculación y cumplimiento forzoso del mismo, por darse la figura de la adopción la cual es revocable. Por el contrario si se trata de un contrato de un contrato de útero con fines de gestación en una tercera persona, haya o no precio, existiendo además un fundamento altruista, el convenio donde se fijan la condiciones del servicio deberá ser válido y, por ello, de necesario cumplimiento.

Preocupado por este mismo tema, un grupo de trabajo del Comité de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas, auspiciado por el Consejo de Europa, se reunió en Estrasburgo, en febrero de 1987 y sostuvo que, si bien no debía utilizarse este método, corroborando la falta de validez de los acuerdos respectivos, no obstante, en forma excepcional, la fecundación en una madre de sustitución podría utilizarse: A) Si la madre subrogada no tiene ninguna ventaja material de la operación y B) Si la madre de sustitución puede optar por quedarse con la guarda del niño al nacer.

No todos sin embargo, son de la misma opinión, lo que resulta perfectamente comprensible y respetable Lledó Yagüe, por ejemplo, crítica incluso el contrato de gestación en útero ajeno, a pesar de que el óvulo pertenece a la pareja arrendataria del servicio, y siguiendo a Zaraluqui, sostiene que “se trate de un alquiler de útero o de útero o de un arrendamiento de obra, cuyo resultado es el hombre deben ser prohibidos absolutamente para evitar que la persona o sus componentes sean objeto de éstas relaciones jurídicas”.

Lo que verdaderamente sorprende es el proyecto preliminar del Consejo de Europa, que contiene previsiones sobre:

“Inseminación Artificial en una Madre Subrogada”, sugiriendo alternativas para este caso en el que la madre conviene en entregar a su propio hijo, una prohibiendo y otra admitiendo que esto ocurra, siempre y cuando:

- A) Se realice sobre una base exclusivamente benévola.
- B) La madre subrogada tuviese la opción de quedarse con el niño.
- C) Cualquier acuerdo sobre renuncia fuese nulo.

Y por separado sobre “fecundación in vitro con transferencias del cigoto de una mujer subrogada”, respecto de la fecundación in vitro para implantar el producto en el útero de quien admite subrogarse a la madre genética sólo por lo que toca a la gestación, el proyecto, sin alternativa alguna, propone que esta práctica no debe permitirse.

Lo cual resulta contradictorio, siendo que un simple cotejo de ambas hipótesis hace que esta última parezca menos grave y por lo tanto merecedora de un tratamiento más favorable, parcialmente cuando se trata de una prestación personal de carácter gratuito.

Por su parte Zannoni sostiene que la prohibición de maternidades sustitutas en cualquier de sus formas, parece afirmarse cada vez más haciendo referencia al proyecto de ley presentado a la Asamblea Nacional de Francia, en mayo de 1984, al proyecto italiano de 1985 propuesto a la cámara de diputados y al Informe de la Comisión de 1986, todos ellos condenando esta práctica. De este último transcribe argumentos de una gran significación, como la “distorsión deshumanizadora” que no respeta la unidad de valor en la maternidad y el peligro de autorizar una “nueva forma de manipulación del cuerpo femenino”, a la que señale la situación desfavorable de la mujer en el mercado de trabajo se trata, dice el informe, de una práctica inadmisibles en una sociedad democrática y justa.

Apoyando la crítica está Llambías quien advierte que estas prácticas pueden conducir a una sociedad indeseable, a poco que el egoísmo latente en todo ser humano aflore en la mujer que, por contar con medios económicos decida eximirse de las cargas de la maternidad.

No es extraño, por lo tanto, que Zannoni proponga que, en una futura legislación sobre la materia, no debería admitirse este tipo de prácticas, sea la inseminación de una mujer que no obliga a entregar al hijo, como la implantación de un embrión fertilizado in vitro, en una madre portadora, y ello sea tanto que los acuerdos al respecto sean a título oneroso o lo fueran a título gratuito. Y para el caso en que judicialmente pretendieran alegarse

derechos derivados de este tipo de acuerdos, la ley debería establecer que ninguna pretensión será atendida, por ellos nulos de nulidad absoluta”.

La conclusión de Zannoni, concuerda plenamente con lo dispuesto en el párrafo 58 del informe presentado por la Comisión Warnock del Reino Unido, en 1984, recomendando “ que todos los cuerdos que tengan como objeto la subrogación serán contratos ilegales y, por lo tanto, estarán desprovistos de acción para ser efectivo su cumplimiento”.

Más lejos aún va Carmen García Mendieta, pues no solo confunde la inexistencia del objeto con la ilicitud del mismo, sino que, aplicando disposiciones relativas a las cosas, cuando el tema consiste en la prestación de servicios, llega a la extrema conclusión de que “ el contrato celebrado entre la pareja estéril y la madre subrogada, es inexistente para el derecho mexicano.

Argumenta ella que el artículo 1974 del Código Civil del Distrito Federal, requiere como condición de existencia un objeto que pueda ser materia del contrato, lo que es absolutamente, cierto, pero después salta al artículo 1825 del mismo ordenamiento, donde se establece que la cosa del objeto del contrato debe:

- 1) existir en la naturaleza.
- 2) Ser determinada o determinable
- 3) Y estar en el comercio.

Concluyendo que la gestación de un ser humano no es algo que pueda estar en el comercio de los hombres, según expresión jurídica desde la antigüedad, por lo que un contrato de esta especie sería inexistente.⁶

Dejando de lado el argumento literario de que la maternidad subrogada es algo que está fuera del comercio, porque así lo afirma una antigua expresión, desviémonos un poco para ubicar nuestro tema en el Código Civil Mexicano, ya que este tipo de confusiones no resultan extrañas, sobre todo cuando proceden del análisis de cuestiones novedosas, en las que muchas veces, el sentimiento dirige la razón.

6.4.- La inexistencia y nulidad en nuestro Derecho.

El tema de la exigibilidad del contrato de maternidad subrogada, nos lleva a ubicar el grado de validez de los mismos.

Esta íntima relación surge expresamente del Código Civil cuando en su artículo 1796 nos dice “ los contratos de perfeccionan por el mero consentimiento excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley.

⁶ MORENO Luque, Casariego C. Reflexiones en torno a la Gestación por cuenta ajena”, en el II Congreso Mundial Vasco; “La Filiación a finales del siglo XX”.p.p.436-437

Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley”.

Entonces, al haber consentimiento entre la aportadora del óvulo y la mujer que gestará, el contrato se perfecciona, por tratarse de un contrato al que la ley no le impone ninguna forma, por ser innominado, al no estar regulado por ésta, pero que independientemente de esto, las partes pueden celebrar, en atención al artículo 1858, que establece “los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueran omisas, por las disposiciones del contrato con el que tenga más analogía de los reglamentados en este ordenamiento”.

Al perfeccionarse las partes se obligan a la “aportadora” a la entrega de cierta cantidad, en su caso, a cubrir con los gastos del embarazo, alimentación, etc.; y la “portadora” a la gestión, a los cuidados también, a las consecuencias que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Por lo tanto, la consecuencia del contrato, es decir, que la consecuencia sea el nacimiento de un hijo cuya madre es quien lo dio a luz, sino la mujer que aportó el óvulo para concebirlo.

Pero no podemos afirmar lo contrario, es decir, que la consecuencia sea el nacimiento de un hijo cuya madre es quien dio a luz, independientemente de que no haya aportado el material genética, porque

debe ser así, la aportadora no hubiera celebrado el contrato y no habría subrogación.

Desgraciadamente, a pesar de que sea de buena fe, su consecuencia no es conforme a la ley, porque ésta no la prevé, pero tampoco esta contra, puesto que no la prohíbe, y es aquí donde surge la necesidad de reformar el capítulo de filiación, para que de acuerdo a ella, la madre sea la biológica y genética y no la que da a luz, y estos contratos, pueden perfeccionarse plenamente ser válidos.

Cuando decimos que un acto válido, estamos afirmando su idoneidad para producir todos los afectos jurídicos que, de acuerdo con su naturaleza, es susceptible de crear.

No ocurre lo mismo si afirmamos que un acto es inválido por el concepto de invalidez presenta varios grados de gravedad, atendiendo a su origen, a los que la ley aplica también un diverso tratamiento.⁷

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

- I.- Por incapacidad legal de las o de una de ellas.
- II.- Por vicios del consentimiento.
- III.- Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

⁷ GARCIA Mendieta; Carmen. Fertilización Extracorpórea; Aspectos Legales". México D.F. Revista Ciencia y Desarrollo. Año XI.No.65 Noviembre- Diciembre.1985.p.-39

Así por ejemplo hay casos en los que la causa de invalidez ataca al acto en forma tan profunda, que no permite siquiera que este nazca y estamos ante la inexistencia.

Requisitos esenciales o de existencia:

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 2224.- El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valor por confirmación ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

De éste artículo se derivan las consecuencias de la inexistencia que son:

- El acto no produce sus efectos.
- El acto no es válido, ni por prescripción, ni por confirmación.
- La puede invocar cualquier interesado.

En tanto que otras no dañan tan radicalmente al negocio jurídico, ya que permiten su nacimiento pero no su correcta conformación.

Podríamos decir que ha nacido, pero defectuoso, porque el motivo o fin del acto es ilícito, porque la voluntad del actor no se ha expresado en forma

libre y consiente, ya sea por su incapacidad o por vicios del consentimiento, o por que este no se expresó con determinadas formalidades (Nulidad).

La NULIDAD se da cuando el acto jurídico carece de algunos de los requisitos de validez.

Requisitos de validez:

I.- Ilicitud: lo que esta ajustado a derecho, lo que es conforme a la ley, lo que no es contrario a la ley, ni a las buenas costumbres.

Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley.

II.- Ausencia de vicios del consentimiento: debe ser manifestado libre y espontáneamente.

Artículo 1812.- El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo.

1.- EL ERROR, es un estado subjetivo que está en desacuerdo con la realidad, una creencia contraria a la realidad.

2.- El DOLO, es toda sugestión o artificio que utiliza un sujeto para inducir al error o mantenerlo en él a otra persona (Artículo 1815).

3.- LA VIOLENCIA, implica el uso de la fuerza física o amenazas que impliquen poner en peligro la vida, la honra, la libertad, la salud o los

bienes de una persona para obligarla a ejecutar un acto jurídico, la violencia puede ser física o moral (Artículo 1819).

4.- LA LESION, implica la existencia de una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptible de causar a una de ellas un daño o perjuicio, en atención al cual, y a su origen, esta puede legalmente autorizada para reclamar la rescisión.

III.- LA CAPACIDAD, es la aptitud que tiene una persona para adquirir un derecho, o para ejercerlo o para disfrutarlo, o para cumplir sus obligaciones, o para celebrar un acto jurídico, etc.

IV.- LA FORMALIDAD, se refiere a requisitos en cuanto a la forma, que se exigen para la validez del acto jurídico.

Hay dos clases de NULIDAD: Absoluta y Relativa:

I.- Nulidad Absoluta: se presenta cuando el acto es contrario a la ley.

Se pueden producir por:

- 1) Ilícitud en el objeto.
- 2) Ilícitud en el fin.
- 3) Ilícitud en la condición.

Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede

prevalecerse todo interesado y no desaparece por la confirmación y prescripción.

De éste artículo se derivan las consecuencias de la nulidad absoluta que son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente y duran únicamente mientras el juez pronuncia la sentencia de nulidad, ya que es requisito que ésta se declare.
- El acto no es válido, ni por prescripción ni por confirmación.
- Cualquier interesado puede invocarla.

II.- Nulidad Relativa: También se conoce como anulabilidad, se presenta cuando hay una imperfección en el acto pero que puede subsanarse.

Se puede producir por:

- 1) existencia de algún vicio del consentimiento.
- 2) Por falta de capacidad.
- 3) Por falta de formabilidad.

Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos.

Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

8

Las consecuencias de la nulidad relativa son:

- Los efectos del acto se producen provisionalmente.
- Puede confirmarse.
- Sólo el interesado puede invocarla.
- Se necesita sentencia que la declare.

Conforme a lo anterior, Galindo Garfias nos explica que no todos estos requisitos vician al acto de igual manera. Si sus autores pretenden alcanzar un fin reprobable para la colectividad o la moral o si el objeto de la obligación es en sí inmoral o ataca las normas de orden público, la violación resultante será de mayor gravedad que la falta de formalidades o que los vicios del consentimiento (error, dolo y violencia) que sólo atañen al interés privado de las partes.

Por estas razones, concluye este civilista, si bien, en ambos casos el acto será inválido, por regla general la nulidad que proviene de la ilicitud en el objeto, motivo, fin o condición del acto, da lugar, por su gravedad, a una invalidez más severa que se denomina nulidad absoluta, en tanto que la ausencia de los otros requisitos produce la nulidad relativa del acto.

⁸ Código Civil para el Distrito Federal.
Editorial Porrúa
México, D.F. año 1991

Algunos códigos, como el nuestro, siguen la TESIS CLÁSICA DE LA DOCTRINA FRANCESA., distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y nulidad relativa.

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

La nulidad en cambio, supone la imperfección del acto porque carece de alguno de los requisitos no esenciales que la ley exige, los cuales conocemos como requisitos de validez.

Esta forma de validez debe ser declarada judicialmente, pues el acto nulo (absoluta o relativamente) produce sus efectos como si fuera enteramente regular, mientras su eficacia no sea decretada por el juez. Cuando esto último ocurra, la mayoría de sus efectos serán destruidos retroactivamente o desde que cause ejecutoria la sentencia.

Siguiendo esta teoría, distingue Bonnacase, entre nulidad absoluta o de interés general, diciendo que puede ser invocada por cualquier interesado y que no desaparece por confirmación o prescripción. Mientras que, por el contrario, la nulidad relativa sólo puede ser reclamada por ciertas personas y si puede desaparecer por confirmación o extinguirse por prescripción.

Para la doctrina clásica, la ilicitud en el objeto, motivo o fin del acto, produce siempre su nulidad absoluta.

Para Bonnecase, en cambio la ilicitud puede producir la nulidad absoluta o relativa, según que pueda ser invocada por cualquier interesado, sea inconfirmable e imprescriptible. Si falta uno de esos requisitos, la nulidad será relativa.

6.5.- El objeto de los contratos.

Es verdad de que el objetos es unos de los elementos esenciales de todo contrato, y que su ausencia produce la inexistencia del mismo, pero esto no significa que toda anomalía del objeto debe llevarnos, por fuerza, a la misma conclusión, dice Ramón Sánchez Medal,⁹ pues si el objeto existe pero es contrario a la moral o a las buenas costumbre, estaremos en presencia de un acto ilícito y por lo tanto, absolutamente nulo, más no inexistente.

Siguiendo este autor diremos que: El objeto directo de todo contrato es la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones(tanto reales como personales).

Pero por una elipsis que viene del Código Napoleónico, nuestro Código menciona como objeto del contrato lo que, es en realidad, el objeto

⁹ SÁNCHEZ Medal Ramón. "De los Contratos Civiles" Quinta edición, México, D.F. Editorial Porrúa. 1980 p.p. 20-21 y 26.

indirecto o mediato del mismo; es decir, que el Objeto Indirecto es la cosa que el obligado debe dar, o el hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

Conforme a lo establecido por el artículo 1824 del Código Civil, son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer.

1.- cuando se trata de la cosa que el obligado debe dar. Como en los contratos que son los que recaen sobre una cosa y que pueden adoptar muchas variantes como enajenación, donación, usufructo, entre otras; siempre será necesario de conformidad con lo establecido por el artículo 1825, que:

La cosa objeto del contrato debe:

- 1) Existir en la naturaleza;
- 2) Ser determinada o determinable en cuanto a sus especies;
- 3) Estar en el comercio.

2.- cuando el objeto del contrato consiste en el hecho que el obligado debe hacer o no hacer: Entonces, el objeto del contrato, puede ser positivo (hacer) o negativo(no Hacer), pero debe ser siempre posible lícito, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1827, que dispone: El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser :

1. posible;
2. lícito.

Tomando en cuenta estas nociones elementales, podemos calificar a la subrogación materna como un servicio, colocándolo entre los contratos que tienen como objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa, porque no cabe contraprestación y porque el cuerpo humano, o parte de él, no es jurídicamente cosa, razón esta última que excluye la posibilidad de hablar de comodato, y, en virtud de estos, evitaremos decir que el servicio o el hecho no está en el comercio, pues esta clasificación solo se aplica a las cosa. Diremos más bien que el servicio “no es posible” o “no es ilícito”.

Artículo 1828.- es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización.

Artículo 1829.- No se considerará imposible el hecho que no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él.

La maternidad subrogada también llamada alquiler de úteros o contrato de útero con fines de gestación es posible como lo atestiguan los centenares de niños nacidos a través de este método, pero muchos se preguntan ¿es también lícito?

Artículo 1830.- es ilícito el hecho que es el contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por lo tanto la acción u omisión son consideradas ilícitas, cuando sean contrarias a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, caso en el cual la sanción será la nulidad del contrato.

Conforme a lo anterior, nosotros deducimos que, el que la maternidad subrogada, no esté contemplada en la ley, no significa que esté contraria a ella, ya que si bien no la reglamenta, tampoco la prohíbe y de acuerdo con el principio de legalidad que reza: “ La autoridad puede hacer todo lo que la ley le permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba”, el hecho de no estar expresamente permitido por la ley, no quiere decir que sea contraria a ella puesto que pertenece al orden de los que es jurídicamente libre, porque lícito es lo que no está prohibido por la ley.¹⁰

Por lo tanto el contrato de prestación de útero con fines de gestación en tercera persona o maternidad subrogada no adolece de nulidad en base a su objeto.

Más bien se trata de un contrato de prestación de una conducta de contenido complejo, que comprende deberes de diligencia, vigilancia médica, régimen alimenticio, vida ordenada, comunicación de incidencias, etc y que no es susceptible de clasificación entre los tipos conocidos, al modo de un innominado atípico contrato de prestación de útero con fines de gestación o contrato de prestación de servicios.

¹⁰ ATWOOD, Roberto Lic. “Diccionario Jurídico”.México, D.F.Librería Bazán.1978.p.157.

En este caso, nos hayamos ante actos jurídicos, hoy atípicos pero tipificables en el futuro y pertenecientes al Derecho de Familia.

6.6 .- La acción de ejecución forzada.

Si se pidiera judicialmente el cumplimiento del contrato de prestación de útero con fines de gestación , a través de la ejecución forzada, sea por vía oficiosa o como excepción de parte, judicial que, por no ahondar en el tema, rechace dicha solicitud argumentando la inexistencia del objeto del contrato por ser ilícito.

Pero esta genérica respuesta merece ser correctamente matizada, porque el cumplimiento crea situaciones diversas según el momento en que se produzca. Una vez formalizado el contrato de prestación de útero con fines de gestación, e independientemente de su licitud, la mujer alquilada podría negarse a someterse a la transferencia del embrión, a continuar el embarazo una vez lograda la implantación, o a entregar a la criatura después del nacimiento.

En la primera hipótesis, coincidimos con los tratadistas, que dicen que aunque la maternidad subrogada fuese reglamentada por la ley en el futuro y la moral pública la admitiera, no sería posible exigir a la mujer arrepentida, el cumplimiento del contrato, porque se trata de actos personalísimos sobre los que no cabe ninguna coacción pero esto, solamente cuando todavía no se haya realizado la fecundación.

Porque si ésta ya se realizó y la mujer alquilada se niega a que se le implante el embrión, la situación varía, en virtud de que ya no se trata simplemente del cumplimiento del contrato, sino, principalmente, de la protección que la ley otorga al embrión considerado ya como persona física, a partir de la concepción (*nasciturus*), por lo que aquí si puede exigirse a la mujer alquilada el cumplimiento forzado del contrato.

Claro que si alguna vez el servicio de subrogación materna llegara a generalizarse, al grado tal, de volverse impersonal e indiferente la identidad de la mujer que lo preste, con tal de que llene ciertos requisitos objetivos de funcionalidad orgánica, y existan varias mujeres “disponibles” para prestarlo, entonces podría aplicarlo el artículo 2027 que señala:” Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible...”

En la segunda hipótesis, si la mujeres niega a continuar el embarazo, el caso supera los límites contractuales , pues en nuestro país no existe la posibilidad jurídica de abortar impunemente. Pero si esta decisión se lleva a la práctica en una legislación que permita la interrupción del embarazo en forma amplia, el incumplimiento sólo tendrá efectos en las cláusulas económicas del contrato o en la posibilidad de exigir alguna indemnización; pero si el aborto está prohibido, como en nuestro país, la continuidad del embarazo se convierte en una obligación de carácter público y no de tipo contractual que admita el aborto y la mujer alquilada no puede justificarse en la cláusula contractual que admita el aborto, para tratar de evadir su responsabilidad penal derivada del aborto.

En la tercera hipótesis, si el embarazo culmina con el nacimiento de la criatura, la solución entonces se complica aún más, pues a pesar, que una cosa es exigir el cumplimiento del contrato, es decir, la entrega del niño, y la otra la de entablar una acción de filiación, ambas acciones van interrelacionadas porque la acción de filiación tiene como objetivo demostrar que la madre no es la mujer que dio a luz, sino la que aportó el óvulo, y en base a esto exigir la entrega del niño, pues de lo contrario y según nuestra ley, la mujer alquilada será la madre y no podrá exigírsele la entrega del niño, al ser la maternidad irrenunciable.

Entonces el problema surge cuando lo que se reclamó no es el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-filial apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge a favor de la mujer que subrogó el vientre, por el simple hecho del parto.

6.7.- Reparación del daño en caso de incumplimiento.

Cuando la mujer alquilada se niega a cumplir el contrato, antes de realizada la fecundación, como ya se mencionó, no puede exigírsele su cumplimiento, pero sí el pago de daños y perjuicios.

Ya que el desacato injustificado, en los dos casos, mencionados, produce una amplia responsabilidad pecuniaria, que incluye no sólo lo entregado a cuenta del servicio (cantidad pecuniaria), sino también lo pagado por causa del mismo, es decir, los gastos médicos y hospitalarios en general, derivados de las pruebas necesarias para determinar si la mujer alquilada es apta para la implantación, al igual que un lucro cesante de uno

o varios miembros de la pareja estéril, en caso de haberse sometido a tratamientos psicológicos y/o físicos de preparación o a las prácticas necesarias de fecundación in vitro, así como la reparación del daño afectivo, graduado en función del momento en que se haya realizado el incumplimiento y la mayor o menor aportación física y espiritual de la pareja contratante, pues no es lo mismo que la mujer alquilada se niegue a continuar antes de haberse realizado pruebas o tratamientos, con el objeto de estar en las condiciones requeridas para lograr la fecundación in vitro, que después de realizados éstos.

Puestas que en el mismo nivel, con el mismo nivel, con el fin de evitar que una parte se enriquezca a costa de otra, la solución más simple es la que de obligar a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto, así no se buscará la protección de los contratantes de mala fe, evitando el enriquecimiento ilícito y el incumplimiento intencionado.

Por supuesto y reiterando que sólo en caso de que no se haya realizado la fecundación, pues de lo contrario no podemos dar marcha atrás y solo cabe el cumplimiento del contrato, pues las vías contractuales estarán totalmente cerradas, surgiendo entonces el problema derivado de la filiación consanguínea.

6.8.- Relación entre la acción contractual y la basada en el vínculo genético.

La relación surge, cuando lo que se reclama no es sólo el cumplimiento del contrato, sino el emplazamiento de una relación materno-

filiat apoyada en las modernas pruebas sobre histocompatibilidad, pretendiendo desconocer la presunción que surge a favor de la mujer que subrogó el vientre, por el hecho incuestionado del parto.

Ya que si la madre genética ejerce la acción del cumplimiento forzoso del contrato y la de desconocimiento o impugnación de la maternidad de quien solo aportó su útero para la gestación, difícilmente el juez podría negar esta pretensión, argumentando que el contrato es inexigible a causa de su objeto inmoral, porque el cumplimiento, consistente en la entrega del niño deberá ser entregado a la madre biológica o genética y así exigir el cumplimiento del contrato a la mujer alquilada.

Si la madre biológica exige el cumplimiento del contrato, recurriendo a la acción de filiación, sólo en el extremo de la confusión podría el juzgador negar la pretensión original (que es la entregadle hijo), con base en la invalidez del contrato a la mujer alquilada.

Desgraciadamente, por lo que toca a nuestra legislación, su apertura hacia el nexo biológico, apoyándose en la prueba de histocompatibilidad, no constituye una posición que deliberadamente favorezca a la madre biológica aportadora, sobre la madre portadora.

Por lo que utilizaremos las palabras de Lledo Yagüe,¹¹ quien refiriéndose al contrato de gestación decía “Pienso que la madre es realmente la que presta el óvulo y, por tanto, ella es la madre genética o biológica, porque la concepción se produce por la fecundación del óvulo y

¹¹ LLEDO Yagüe. “ El alquiler de Úteros y el problema de las madres sustitutas o por Encargo”, en el II Congreso Mundial Vasco. “La filiación a finales del siglo XX”: P. 327

espermatozoide de la pareja, luego el hijo es consanguíneo de ambos, porque toda su herencia genética la lleva de sus padres...”

6.9 los valores y obligaciones morales que la legislación civil debe respetar y sancionar en esta materia.

Desde mi punto de vista, pienso que el derecho inviolable de todo humano inocente a la vida, los derechos de la familia y de institución matrimonial son valores morales fundamentales, porque conciernen a la condición natural y a la vocación integral de la persona humana. Entonces, al mismo tiempo son elementos constitutivos de la sociedad civil y de su ordenamiento jurídico. Bajo este argumento, las nuevas razones de la técnica en el campo de la biomedicina requiere la intervención de las autoridades políticas y legislativas, porque el recurso incontrolado a esas técnicas podría tener consecuencias imprevisibles y nocivas para la sociedad civil.

La intervención de la autoridad política se debe inspirar en los principios racionales que regula las relaciones entre la ley civil y la ley moral. La misión de la ley civil consiste en garantizar el bien común de las personas mediante reconocimiento y la defensa de los derechos fundamentales, la promoción de la paz y de la moralidad pública. En ningún ámbito de la vida la ley civil puede sustituir a la conciencia ni dictar normas que se dan la propia.

Quiero insistir en que entre esos derechos fundamentales es preciso recordar estos propósitos: a) el derecho de todo ser humano a la vida y a la integridad física desde la concepción, hasta la muerte; b) los derechos de la

familia y del matrimonio como institución, traídos al mundo y educados por sus padres.

Por lo tanto, considero que si la ley y la autoridades políticas reconocieran las técnicas de transmisión artificial de la vida y los experimentos a ellas ligados, ampliarían toda vez más la brecha abierta por la legislación del aborto

Una especie de reflexión en cuando a las necesidades de otras personas, es actuar conforme a derecho y conforme a nuestras leyes mexicanas.¹²

¹² PACHECO Alberto. La persona en el derecho civil mexicano.2da.ed.Ed. Panorama.México.D.F.1992.p.p.238.

CONCLUSIONES

Tomando en cuenta que la fertilización o procreación asistida, es el acto de impregnación del elemento femenino con el masculino por medios artificiales para que con esto se le de concepción a un bebé.

La inseminación artificial.- consiste en la introducción del semen en el interior del canal genital femenino, por procedimientos mecánicos y sin que haya habido aproximación sexual, (sin cópula de manera sexual), es el método por el cual se fecunda una mujer diferente a lo usado por naturaleza, pero el fin es el mismo, concebir un nuevo ser; y así realizar los sueños de una mujer para que pueda ser y dar salida a sus sentimientos maternos.

Considero que en relación con la normatividad jurídica el legislador debe tomar en cuenta que la biotecnología nos da algunos factores.

1. La ley debe responder a una utilidad social,
2. Debe inspirarse en un principio de justicia.
3. El legislador sin prescindir de toda consideración del orden moral, debe de entender que toda moral es contingente, que varía con la coyuntura y debe ser aplicada a la luz de la evolución social.

Entonces, la fecundación in vitro, aún cuando su realización es que se le extraigan varios óvulos a una mujer y se fertilicen con semen de hombre (obviamente) en el laboratorio y que de esta manera el embrión se encuentra

en un ambiente adecuado; para posteriormente implantarse en el útero de la mujer que rento su matriz. No es de ninguna manera una concepción amoral, ya que el medio para lograr los sueños y la realización maternal de una mujer sobre todo para la felicidad de una pareja que pueda servir mejor, tanto a su familia como a su país, para no ser seres amargados, ni frustrados, sino personas realizadas, esto sin duda podrá dar una mejor sonrisa que equivale a ser mejores humanos que contribuyan a la superación del país.

La maternidad subrogada.- es cuando los embriones se implantan en una mujer distinta a la que aportó el óvulo, aquí se está ante dicho fenómeno que viene siendo la madre portadora o madre sustituta.

En la maternidad subrogada la mujer infértil y su marido aportan material genético para que sea implantado en otra mujer que acepta a llevar al hijo en su seno durante el embarazo y entregarlo a la pareja al momento de su nacimiento; como se ve, se trata de una cosa de maternidad sustituta, en el que la mujer a la que ha sido implantado el embrión, conviene llevar (por medio de un contrato) en su vientre al ser así concebido durante todo el periodo de la gestación y darlo a luz al concluir ésta. La mujer portadora es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él, lo que no podría realizarlo una mujer infértil.

Como ya quedó claro que el objeto de este contrato no es la maternidad, sino la prestación del servicio de incubación, por llamarlo de alguna manera y, en dicha cláusula no estamos disponiendo de la filiación sino siguiendo su propia naturaleza que deriva del vínculo biológico y genético.

En lo que respecta al embrión, la respuesta la encontramos en el artículo 22 del código civil que nos dice: “desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para todos los efectos declarados en el presente código”, por lo tanto la portadora del feto durante el embarazo no puede disponer de él a su libre arbitrio, ya que independientemente de la presencia de estos hechos no previstos expresamente pero implícitamente reales, debe prevalecer la protección que al nasciturus le otorga este código.

Por otra parte la ley general de Salud, otorga a la secretaría de salud, facultades para intervenir en lo relativo a la planificación familiar, que comprende el apoyo y fomento de la investigación en materia de anticoncepción, infertilidad humana, planificación familiar y biología de la reproducción humana”, por lo que conforme a este precepto, la secretaría de salud en ejercicio de esta autorización, sólo puede intervenir en cuestiones relativas a la investigación en esas materias, quedando laguna de sí también se refiere a la aplicación de las técnicas relativas a la reproducción artificial de seres humanos, llamada comúnmente fertilización in vitro.

La ley con ésta laguna deberá pensar en que si es un contrato el que se esta haciendo no tiene por que ser ilícito, puesto que ella misma lo autoriza. Los órganos competentes del estado deben legislar sobre esta materia, con el fin de otorgar eficacia jurídica a convenios o contratos que tengan por objeto el préstamo de un útero y declarar procedente la maternidad subrogada.

Existe la fecundación in vitro homologa y fecundación in vitro heteróloga.

Homóloga: es cuando los elementos, óvulo y espermatozoides provienen de los cónyuges, pero se implanta el producto en el útero de otra mujer distinta a la portadora del óvulo, es decir, se implanta en una mujer que solamente portará el producto ya fecundado, pero no aportó el óvulo para su concepción.

Heteróloga: el espermatozoides proviene del marido y otra mujer distinta a su esposa aporta el óvulo y presta su vientre.

Contrato de maternidad.- es la prestación del óvulo y vientre donde la madre de alquiler lo es no sólo de su vientre sino también del óvulo de forma que se habrá producido una fecundación artificial heteróloga, siendo el varón de la pareja solicitante quien aporta el semen, mientras que la verdadera madre sería en este caso la mujer alquilada, cabe mencionar que en caso de incumplimiento de contrato la persona que en este caso es la mujer que presta su vientre y óvulo deberá ser sancionada conforme a derecho, es por eso que decidimos que nuestros legisladores deberán estar preparados para un caso así, ya sea que el producto haya sido concebido de la manera arriba mencionada o por **contrato de incubación** que es cuando se aporta exclusivamente el vientre para recibir unos ovocitos producidos con material genético ajeno.

Nosotros deducimos que el contrato de maternidad subrogada y no está contemplado en la ley, no significa que sea contraria a ella, ya que si bien, la ley no lo reglamenta tampoco la prohíbe y de acuerdo con el principio de legalidad que reza "la autoridad puede hacer todo lo que la ley permite y los particulares pueden hacer todo lo que la ley no les prohíba".

Respecto a la ejecución forzada del contrato de subrogación materna, nos encontramos ante tres hipótesis, dignas de análisis, ya que el incumplimiento crea situaciones según el momento en que produzca, una vez formalizado el contrato de maternidad subrogada la mujer alquilada podría negarse:

- a) Someterse a la transferencia del embrión.
- b) Continuar el embarazo una vez lograda la implantación.
- c) Entregar la criatura después del nacimiento.

Estas hipótesis se estudiaron a fondo en el último capítulo de la presente tesis.

La Ley general de salud en México que dice escuetamente en la última parte del artículo 466 “la mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”, pero no especifica el tipo de inseminación, ni admite expresamente que la autorización del marido constituya una nueva fuente de la paternidad, sugiere al menos, que el legislador ha tomado conciencia del tema.

En caso de maternidad subrogada, aunque la mujer receptora desee asumir la maternidad del hijo, lo haya gestado y dado a luz el vínculo genético existe pero con la mujer portadora y éste debe ser la fuente de la maternidad, es decir, que el vínculo genético es la fuente de la maternidad independientemente de quien haya dado a luz.

El procedimiento de la fecundación artificial, específicamente el de la maternidad subrogada, ponen en peligro la filiación debido a que la

maternidad se prueba con el sólo nacimiento, lo que repercute también en el derecho sucesorio, ya que por sucesión legítima tienen derecho a heredar los descendientes, ascendientes y parientes colaterales dentro del cuarto grado excluyendo a quienes vincula el parentesco de afinidad.

En cualquiera de sus dos modalidades ya tratadas, hay que ver donde quedan los derechos del descendiente engendrado por inseminación artificial.

- De la fecundación humana in Vitro y su implante en el ser humano.
- De las relaciones familiares del descendiente engendrado in vitro con quienes aportan el óvulo y espermatozoide fecundados.
- Del contrato de gestación o maternidad subrogada y de relaciones familiares del descendiente engendrado in vitro, implantado por contrato.

Contrato para el cual propongo como elementos integrantes:

- A) Padre portador del semen.
- B) Madre que rente la matriz durante el tiempo que dure la gestación y a lo cual le fue implantado el óvulo ya gestado.
- C) O bien la mujer que aporta de rentar su matriz, también es portadora del óvulo.

Por lo tanto podemos llamar **contratación de útero con fines de gestación en una tercera persona** implantado en una mujer distinta a la

aportadora del óvulo o contrato de maternidad subrogada, especificando en sus cláusulas de que forma se dio la gestación.

El contrato al igual que cualquier otro, viene siendo el acuerdo de voluntades, por virtud del cual una pareja en matrimonio o en concubinato, a los que se les llama "aportadores" en forma gratuita u onerosa encomienda a otra mujer a la que se le llama "portadora", la cual se obliga a recibir en su genital adecuado el producto de una fecundación in vitro, pero todo el tiempo que dure la gestación y hasta que nazca el producto de la concepción, con el deber de entregar ese fruto de inmediato o cuando se le pida, mereciendo sanción al igual que en cualquier otro cuando no se cumpla lo establecido.

BIBLIOGRAFIA

BAQUEIRO ROJAS EDGAR Y OTROS. Derecho de familia y sucesiones. Ed. Harla. México. 1990. p.p.325.

BORDA GUILLERMO. Tratado del Derecho Civil, Tomo II.5ª.ed.Ed.Perrot.Buenos Aires, Argentina.1973.p.p.267.

BOSSERT GUSTAVO Y OTROS. Manual del Derecho de Familia.Ed.Astrea.Buenos Aires, Argentina.1988.p.p.405.

CASTILLO LARRAÑA JOSE Y OTROS. Instituciones de Derecho Procesal Civil.6ª.ed.Ed.Porrúa.México.1963.p.p. 390.

CHAVEZ ASECIO MANUEL. La Familia en el Derecho.2da.ed.Ed.Porrúa.1990.p.p.284.

GAFO JAVIER. Hacia un mundo feliz.Ed.Sociedad en Educación.Madrid, España.1987.p.p.256.

PACHECO ALBERTO.La persona en el derecho civil Mexicano.2da.ed.Ed.Panorama.México.D.F.1992.p.p.387.

PLANIOL MARCEL.Tratado elemental de Derecho Civil.Ed.Cajica,S.A.Puebla, Puebla.México.1983.p.p.345.

ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano.Tomo II.6ª.ed.Ed.Porrúa.México.D.F.1983.p.p.398.

RORVIK DAVID. A su Imagen. Ed.Argos,S.A.Barcelona España.1978.p.p.275

SÁNCHEZ MEDAL RAÑÓN. De los Contratos
Civiles.5ª.ed.Ed.Porrúa.México.D.F.1980.p.p.427.

SOTO LA MADRID MIGUEL ANGEL. Biogenética, Filiación y Delito.Ed.Astrea de
Alfredo y Ricardo Desalma.Buenos Aires, Argentina.1990.p.p.534.

TREVIÑO GARCIA RICARDO. Contratos Civiles y sus
Generalidades.3ª.ed.Ed.Font,S.A.Guadalajara,Jalisco.México.1976.p.p.446.

VIDAL MARTINEZ JAIME. Las nuevas formas de Reproducción Humana.Madrid,
España.1988.p.p.467.

LEGISLACIÓN

GUANAJUATO. CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO.
MÉXICO. LEY GENERAL DE SALUD.

OTRAS FUENTES

LLEDO YAGUE. El Alquiler de Útero y el Problema de las Madres Sustitutas o por
Encargo en el II Congreso Mundial de Vasco. La Filiación a finales del siglo XX.

MORENO LUQUE CASARIEGO. Reflexiones En tomo a la Gestación por cuenta
ajena en el II Congreso Mundial Vasco.La Filiación a finales del siglo XX.

NYHAM WILLIAM. El Factor Hereditaio, los genes y los Cromosomas.La Familia
y Usted.Ed.Asociados,S.A.México.D.F.1978.p.p.456.